

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 050-2008-CD-OSITRAN

Lima, 29 de octubre de 2008

PROCEDENCIA : Gerencia de Asesoría Legal
Gerencia de Regulación

MATERIA : Interpretación de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur-Oriente, respecto a la intervención del operador ferroviario vinculado al Concesionario en el proceso de subasta por el acceso a la línea férrea del Ferrocarril del Sur – Oriente, en el Tramo Cusco – Machu Picchu - Hidroeléctrica

VISTOS:

El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTOS: El escrito de fecha 05 de mayo de 2008 y documento anexo, así como el escrito de fecha 23 de mayo de 2008, y el escrito de fecha 01 de julio de 2008, presentados por Inca Rail S.A.C.; el Oficio N° 814-2008-MTC/25 de fecha 25 de julio de 2008, presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones el 31 de julio de 2008; el escrito de fecha 30 de julio de 2008 y anexo, presentados por Peru Rail S.A. el 31 de julio de 2008; el escrito de fecha 30 de julio de 2008 y anexos, presentados Ferrocarril Trasandino S.A. el 31 de julio de 2008; el escrito de fecha 01 de agosto de 2008 y anexos, presentados por Andean Railways Corp S.A.C. el 01 de agosto de 2008; el escrito de fecha 01 de agosto de 2008 y anexo, presentados por Ferrovias Central Andina S.A. el 01 de agosto de 2008; el escrito de fecha 01 de agosto de 2008 y anexo, presentados por Ferrocarril Central Andino S.A. el 01 de agosto de 2008; el documento anexo a la Carta N° 192-GL-2008/FETRANS de fecha 19 de septiembre del 2008, elaborado por Peru Rail S.A.; el escrito de fecha 15 de octubre de 2008 y documentos anexos de fechas 8 y 10 de septiembre de 2008, presentados por Inca Rail S.A.C.;y, el Informe N° 032-08-GRE-OSITRAN elaborado por las Gerencias de Regulación y de Asesoría Legal de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

I.1 Solicitud de interpretación

1. Mediante el escrito s/n de fecha 01 de julio del 2008, Inca Rail S.A.C. (Inca Rail), empresa con permiso de operación con eficacia restringida emitida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), presentó una solicitud de interpretación del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur-Oriente, remitiendo para tal fin informes económicos y técnicos mediante los cuales pretende sustentar que Perú Rail S.A. (operador ferroviario vinculado al Concesionario Ferrocarril Transandino S.A. – FTSA), se encuentra impedido de participar en el proceso de subasta por el acceso a la vía férrea del Ferrocarril del Sur - Oriente (FSO). En dicho escrito, Inca Rail señaló lo siguiente:

- **El operador vinculado no puede participar en la subasta:** Inca Rail sostiene que el Contrato de Concesión y la Circular N°17 impiden que el operador vinculado participe en el proceso de subasta. Señala que permitir su participación sería contrario al modelo de la concesión, el cual a su entender es uno de desintegración vertical.
- **Barreras de Acceso:** También señala que ha registrado un incremento injustificado de horarios con la finalidad que se le otorgue al operador vinculado los itinerarios relevantes, hecho que configuraría una barrera de acceso a los nuevos operadores ferroviarios.
- **Restricciones de participación en la subasta para el vinculado:** No obstante la opinión de Inca Rail, en su solicitud menciona la posibilidad de aplicar ciertas restricciones en caso sea permitida la participación del operador vinculado en el proceso de subasta. Por ejemplo, señala que el operador que gane un horario no pueda tomar el horario anterior ni posterior; que se modifique el factor de competencia, o; que el operador vinculado sólo pueda participar en los horarios que tenía en el 2006.

I.2 Posiciones de las partes y terceros interesados

2. Ante las notificaciones de OSITRAN respecto de la solicitud de interpretación de efectuada, las partes y terceros interesados¹, es decir, el MTC², Perú Rail

¹ Debemos precisar que, no obstante ser notificado por OSITRAN, la empresa Wyoming Railways S.A., empresa que obtuvo del MTC en su oportunidad el correspondiente permiso de operación con eficacia restringida, no ha presentado escrito alguno.

² Oficio N° 814-2008-MTC/25 de fecha 25 de julio de 2008, recibido el 31 de julio de 2008.

S.A. (Perurail)³, FTSA⁴, Andean Railways Corp S.A.C. (Andean)⁵, Ferrovias Central Andina S.A. (FVCA)⁶ y Ferrocarril Central Andino S.A. (FCCA)⁷ han presentado sus comentarios y opiniones respecto de los alcances de la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo N° 690, el Contrato de Concesión del FSO, el modelo de concesión de dicho contrato, las Circulares 17, 43 y 73, así como del Reglamento Marco de Acceso – REMA.

3. En ese sentido, a continuación, pasamos a presentar los principales argumentos de las partes y terceros interesados en el presente procedimiento (los comentarios económicos han sido expuestos y respondidos en el Anexo N°1 del Informe N° 032-08-GRE-GAL-OSITRAN):

Inca Rail

- El Contrato de Concesión adoptó el modelo de separación vertical, separando la actividad de operación de servicios de transporte ferroviario de pasajeros y de carga, que quedaría abierta a la competencia entre distintos operadores independientes, de la actividad de administración de la infraestructura.
- La Circular N° 17 autorizó a que la empresa concesionaria contará con un Operador en el segmento de transporte ferroviario, sea éste una empresa vinculada o no, pero sólo de manera excepcional y temporalmente.
- El mecanismo de concursos públicos para la adjudicación de tramos y horarios previsto en la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión únicamente tiene sentido en un modelo de separación vertical, donde el operador vinculado al Concesionario no está autorizado a intervenir.
- El Contrato de Concesión no permite la participación del Operador Vinculado al concesionario como postor en la subasta. Sostener lo contrario, implicaría contrariar el Contrato y las normas correspondientes, cuyo objetivo es promover la competencia.
- En el supuesto que se permitiera la participación de Perurail como postor, sería necesario establecer limitaciones a su participación en los concursos, de acuerdo a lo dispuesto en el REMA.

Andean

³ Escrito de fecha 30 de julio de 2008 y anexo, presentados el 31 de julio de 2008.

⁴ Escrito de fecha 30 de julio de 2008 y anexos, presentados el 31 de julio de 2008.

⁵ Escrito de fecha 01 de agosto de 2008 y anexos, recibidos el 01 de agosto de 2008.

⁶ Escrito de fecha 01 de agosto de 2008 y anexo, recibido el 01 de agosto de 2008.

⁷ Escrito de fecha 01 de agosto de 2008 y anexo, recibido el 01 de agosto de 2008.

- El Dec. Leg. N° 690 así como todas las reglas vigentes establecen la prohibición de la integración vertical de la concesión de la infraestructura ferroviaria y de la operación de transporte de pasajeros o carga. La consecuencia de ello, es que una empresa de transporte de pasajeros o carga no puede participar en la subasta que haga el concesionario de la infraestructura ferroviaria si éste y aquella tienen vinculación económica.
- La Circular N° 17 no es aplicable actualmente por las reglas de interpretación de la *ocasio legis* y de la igualdad ante la ley que ha establecido la jurisprudencia constitucional, lo ocasional puede regir válidamente mientras la excepcionalidad de hecho persiste.
- Debe aplicarse extensivamente el derecho a que no haya abuso de las posiciones dominantes o monopólicas.
- A la subasta que convoque FTSA, está jurídicamente imposibilitada de presentarse una empresa que tenga vinculación económica con ella. Además no debe haber subasta sino negociación directa entre el operador independiente y el concesionario.

MTC

- La concesión no está diseñada bajo el esquema a un modelo de integración vertical.
- El factor de competencia establecido para la subasta responde a un sistema de separación vertical.
- Se deben regular de manera particular las rutas Cusco – Machu Picchu y Ollantaytambo – Machu Picchu, distinguiéndola de los otros ferrocarriles, como son el del Sur y el del Centro, donde el servicio es en su mayoría de carga y existen carreteras alternas que permiten al usuario optar por cualquier vía.
- La participación del operador vinculado en la subasta generaría una elevación descontrolada de la tarifa (por el traslado de la tarifa por el uso de vía al usuario final).
- El operador vinculado no debe “dejar de existir” pero su participación significaría permitir la integración vertical.
- De interpretarse que Perurail puede participar en la subasta, debe establecerse condiciones necesarias para procurar la igualdad entre los competidores (p.e. que OSITRAN dirija la subasta, que se modifique el factor de competencia, que se garantice el alquiler del material tractivo y rodante, que se requieran niveles de servicios mínimos).

FVCA

- El modelo de separación vertical, con prohibición al concesionario actual de operar los servicios de transporte de carga y pasajeros, no está contemplado en el Contrato de Concesión.
- El Contrato sólo prohíbe que la participación directa o indirecta del Concesionario en más de un operador.
- No existe prohibición expresa para el Operador Vinculado de participar en la subasta de tramos y horarios.
- La situación y mercado existente en el FS y FC respecto del FSO es distinta pues en las primeras no existe posición dominante porque existe rivalidad con el transporte por carretera.
- La aplicación estricta del modelo de separación vertical de acuerdo al cual se propone interpretar ciertas cláusulas del Contrato, es actualmente sujeto a profundos cuestionamientos, optándose por otras formas de control de prácticas abusivas.

FCCA

- El modelo de separación vertical, con prohibición al concesionario actual de operar los servicios de transporte de carga y pasajeros, no está contemplado en el Contrato de Concesión.
- El Contrato sólo prohíbe que la participación directa o indirecta del Concesionario en más de un operador.
- No existe prohibición expresa para el Operador Vinculado de participar en la subasta de tramos y horarios.
- La situación y mercado existente en el FS y FC respecto del FSO es distinta pues en las primeras no existe posición dominante porque existe rivalidad con el transporte por carretera.
- La aplicación estricta del modelo de separación vertical de acuerdo al cual se propone interpretar ciertas cláusulas del Contrato, es actualmente sujeto a profundos cuestionamientos, optándose por otras formas de control de prácticas abusivas.

FTSA

- El Decreto Legislativo N° 690 estableció un esquema de separación vertical de actividades, el cual implica que el Concesionario ya no cuente también con el monopolio sobre el servicio de transporte. Ello no conlleva una prohibición

para que una empresa vinculada al concesionario concorra a dicho mercado en competencia con terceros operadores.

- La Circular 17 no es temporal ni provisional, sólo establece como limitación el que FTSA no pueda actuar directamente en el mercado de transporte ferroviario.
- La forma cómo FTSA administra las frecuencias de horarios de uso de la vía férrea responden a la forma como FTSA ha entendido se pueden conjugar de mejor manera las necesidades de los Operadores, los aspectos técnicos y los aspectos de seguridad.
- Las empresas operadoras han solicitado el acceso a los horarios que supuestamente habrían sido establecidos por FTSA de manera irracional, sin haberlos cuestionado.
Aún en el supuesto negado que la determinación de los horarios de uso de la vía férrea hubiere sido utilizada por FTSA como una barrera de acceso, este aspecto sería uno referido a la forma como FTSA gestiona y conduce el negocio de administración de la infraestructura, lo cual no puede ser objeto de evaluación por parte de OSITRAN.

Perurail

- El modelo de concesión adoptado en los Contratos de Concesión es uno de naturaleza híbrido, es decir de separación vertical con un operador vinculado (“*acceso competitivo*”).
- De la Interpretación del Contrato de Concesión y de las Circulares se desprende que no existe ninguna restricción para que Perurail participe en la subasta.
- La constitución de Perurail y su participación como operador ferroviario vinculado al Concesionario fue una exigencia del Contrato de Concesión.
- El REMA contempla una serie de disposiciones que expresamente prevén la participación del operador vinculado en los procesos de subasta.
- No existe ninguna restricción que permita interpretar que el diseño estructural de la concesión previsto en el Contrato o el marco regulatorio, impone una restricción o una prohibición a la participación de Perurail en la subasta.

I.4 Otros

4. Mediante el Oficio Circular N° 103-08-GRE-OSITRAN (de fecha 13 de agosto del 2008), se remitió copia de la información enviada por las partes a cada una de ellas, precisando que la etapa para la presentación de comentarios y

opiniones ha precluido; y que el procedimiento se encuentra en la etapa de evaluación y análisis para el posterior pronunciamiento.

5. Mediante Carta S/N de fecha 11 de agosto del 2008, Patricio Barclay Méndez en su calidad de ex - Presidente de CEPRI-ENAFER ha señalado que la Circular N° 17 permitió de manera provisional que una empresa vinculada al Concesionario pueda prestar los servicios de transporte de pasajeros⁸.
6. El día 10 de septiembre de 2008 se permitió el uso de la palabra ante el Consejo Directivo a todas las partes y terceros interesados involucrados en el presente procedimiento⁹.
7. Mediante la Carta N°192-GL-2008/FETRANS de fecha 19 de setiembre del 2008, el Concesionario remitió los alegatos del Informe Oral efectuado por Perurail. En dicho documento Perurail se reafirma en los argumentos esgrimidos durante su exposición y escritos de descargos.
8. Mediante escrito de fecha 15 de octubre de 2008 y anexos, Inca Rail se reafirma en los argumentos esgrimidos durante su exposición y escritos de descargos. Asimismo, solicita la interpretación de las cláusulas 6.3, 7.1 y 7.6 del Contrato de Concesión.

II. OBJETIVO

9. El objetivo del presente acto es emitir un pronunciamiento en relación a la solicitud presentada por Inca Rail relacionada a la interpretación de los alcances de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, en el sentido de determinar si es posible excluir la participación del operador vinculado en la subasta de horarios al FSO.

Adicionalmente, dado que Inca Rail ha sostenido también que se ha dado un incremento injustificado de las frecuencias lo cual a su entender “*satura artificialmente la oferta de infraestructura vial, asignándose todos los itinerarios al único Operador existente, formando una barrera de acceso de otros Operadores y obviamente bloqueando la competencia.*”, consideramos pertinente analizar si dicho pedido constituye parte del presente procedimiento o si constituye una petición independiente del presente procedimiento de interpretación .

⁸ Sobre el particular debemos señalar que mediante Oficio N° 117-08-GRE-OSITRAN, se cumplió con comunicar al señor Barclay que no posee la calidad de parte, ni de tercero interesado en el presente procedimiento de interpretación.

⁹ Las empresas Inca Rail, Andean, Perurail, FTSA y FCCA, hicieron uso de la palabra; en tanto que Wyoming y el MTC, estuvieron presentes y se abstuvieron de hacer uso de la palabra.

III. ANÁLISIS

10. Con el fin de emitir el pronunciamiento respecto a la regulación del acceso de las vías férreas del Sur Oriente, se ha considerado pertinente que la sección correspondiente al análisis siga la siguiente estructura:

A. Marco jurídico de interpretación del Contrato de Concesión

- A.1 Criterios de interpretación
- A.2 Del marco normativo del Contrato

B. Marco Contractual

- B.1 De las Bases de la Licitación
- B.2 Del Proceso de Licitación
- B.3 De la Circular 17 y sus Proyectos
- B.4 De las Circulares 43 y 73
- B.5 Del Contrato de Concesión
- B.6 Del Contrato de Acceso a la Línea Férrea

C. Análisis de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión

D. Mercados ferroviarios

- D.1 Separación de las actividades ferroviarias
- D.2 Mercados involucrados

E. Competencia de OSITRAN con relación al acceso

- E.1 Definición de acceso
- E.2 Problema del acceso en el mercado ferroviario bajo integración vertical
- E.3 Mecanismos para regular el acceso en la subasta de horarios

F. Con relación al supuesto incremento injustificado de horarios

A. MARCO JURÍDICO DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

A.1 Criterios de interpretación

11. El Artículo 7º de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN establece que es función de OSITRAN el interpretar los contratos de concesión:

“Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

(...)”

12. Sobre el particular, el Artículo 62° de la Constitución Política del Perú establece que los términos contractuales no podrán ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase:

Artículo 62.- La Libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)

13. Con relación a los criterios de interpretación de los actos jurídicos, entre los cuales se encuentran los contratos, el Código Civil ha establecido diferentes criterios de interpretación:

*Artículo 168.- Interpretación objetiva
El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.*

*Artículo 169.- Interpretación sistemática
Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.*

*Artículo 170.- Interpretación integral
Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.*

14. Sobre el particular, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los *Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión* (Lineamientos), en cuyo ítem 1 se establece que los mismos “... tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión...”

15. De esta manera, en el ítem 6.1 de los Lineamientos se establece que:

Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance. (...) Entre los principales métodos de interpretación de disposiciones contractuales se aceptan: el método literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empeladas [sic] en el contrato, sin restringir ... su alcance. El método lógico resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado. El método sistemático, por comparación con otras cláusulas, busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato. (...)

16. En virtud de ello, queda claro que los Lineamientos recogieron expresamente los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil.

17. Adicionalmente, el Artículo 1362° del Código Civil establece lo siguiente:

*Artículo 1362.- Buena Fe
Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.*

Lo cual implica que, en concordancia con lo establecido por el Art. 168° del Código Civil, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las partes han actuado con buena fe

18. Por otra parte, el Contrato de Concesión ha reunido en su cláusula 1.2 criterios de interpretación, estableciendo lo siguiente:

- Los títulos contenidos en el Contrato de Concesión son referenciales, lo que implica que no se pueden usar para determinar los derechos y obligaciones de las partes.
- Cualquier término no definido en el Contrato de Concesión tendrá el significado que le atribuyan las bases.
- Asimismo, cualquier término no definido en el Contrato de Concesión ni en las bases, tendrá el significado que le asignen las leyes aplicables y, en su defecto, el significado que se le de al mismo en el curso normal de las operaciones ferroviarias en el Perú.
- En caso de conflicto entre lo dispuesto por las bases o circulares y el Contrato de Concesión, primará lo establecido en este último; en caso de discrepancia entre lo dispuesto por las bases y circulares, prevalecerá lo establecido en estas últimas.
- Si cualquier término o disposición del Contrato de Concesión es considerado inválido o no exigible por autoridad o persona competente, dicha invalidez o inexigibilidad deberá interpretarse restrictivamente, no afectándose la validez o exigibilidad de cualquier otra disposición del Contrato.

19. Conforme a lo señalado por GUTIÉRREZ¹⁰, los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil se constituyen en normas imperativas que pueden complementarse con los criterios de interpretación que hayan establecido las partes en el contrato:

“...no es posible interpretar los actos jurídicos sin utilizar los criterios interpretativos contenidos a lo largo del código, y en especial aquellos contenidos en el libro de acto jurídico. Se trata por tanto de normas imperativas, que en ningún caso las partes pueden derogar ni siquiera en materia contractual. Sin embargo, esto no quiere decir que está vedado a las partes introducir en sus actos jurídicos reglas interpretativas que complementen lo dispuesto en el código. Estos criterios interpretativos convenidos por las partes tendrán carácter vinculante no sólo para las partes sino para los jueces o árbitros y cualquier otro interprete. (...)”

20. En consecuencia, para efectos del presente procedimiento de interpretación, además de los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil,

¹⁰ GUTIERREZ CAMACHO, Walter: “Interpretación del Acto Jurídico”, EN: Código Civil Comentado, Tomo I, Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Agosto 2007, página 551.

deben tenerse en consideración de manera complementaria los criterios establecidos en la cláusula 1.2 del Contrato de Concesión.

21. Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, al momento de interpretar el Contrato de Concesión debe observarse el marco normativo de orden público debiendo la interpretación resultante encontrarse acorde con dicho marco pues de lo contrario el acto jurídico resultaría nulo:

*Artículo V.- Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico
Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.*

22. Por lo tanto, respecto de la función de interpretación de los contratos de concesión, asignada a OSITRAN, queda claro que:
- i) Conforme a lo establecido por el Artículo 62° de la Constitución Política del Perú, dicha función no puede implicar una modificación, directa o indirecta, de los términos contractuales establecidos en el Contrato de Concesión.
 - ii) Deberá observarse los criterios de interpretación establecidos tanto en el Código Civil (Artículos 168° a 170°), como en el Contrato de Concesión (Cláusula 1.2).
 - iii) La interpretación resultante debe guardar estricta observancia del marco legal de orden público, en virtud a lo dispuesto por el Artículo V del Código Civil.
 - iv) Conforme a lo dispuesto por los Artículos 168° y 1362° del Código Civil, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las partes han actuado con buena fe.
23. En virtud de lo expuesto, a continuación procederemos a delimitar el marco normativo aplicable al Contrato de Concesión, para dentro del mismo, realizar la labor de interpretación.

A.2 Del marco normativo del Contrato

24. El 06 de noviembre de 1991 se publicó el Decreto Legislativo N° 690, norma que, entre otras cosas, **dividió la actividad ferroviaria en:**
- **Servicios a la Infraestructura Vial Ferroviaria**
 - **Servicios de Transporte Ferroviario**
25. Por otra parte, dicha norma también **declaró de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria**, razón por la cual, entre otras cosas:

- (i) Estableció la prohibición de cualquier forma de monopolio en la actividad ferroviaria (Art. 1)
- (ii) Estableció la prohibición de prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria (Art. 1)
- (iii) Señaló que los operadores del servicio de transporte ferroviario están facultados para fijar libremente sus tarifas y fletes, de acuerdo a las reglas de la oferta y la demanda (Art. 5).

26. La prohibición del establecimiento de monopolios en la *Actividad Ferroviaria* (lo cual incluía los Servicios a la Infraestructura Vial Ferroviaria como los Servicios de Transporte Ferroviario), guardaba concordancia con lo señalado por el Artículo 133° de la Constitución de 1979, la cual instauraba una prohibición general del establecimiento de monopolios en el mercado peruano:

Artículo 133.- Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, practicas y acuerdos restrictivos de la actividad industrial y mercantil. La Ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.

27. Al día siguiente de la emisión del Decreto Legislativo N° 690, es decir, el 07 de noviembre de 1991 se publicó el Decreto Legislativo N° 701¹¹, norma que mediante su Artículo 3° estableció lo siguiente:

Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

28. Como puede observarse con la emisión del Decreto Legislativo 701, la prohibición de realizar prácticas anticompetitivas establecidas en el Decreto Legislativo N° 690 pasó de ser una prohibición de carácter sectorial a una de carácter general aplicable a todo el mercado peruano.

29. Luego de ello, el 30 de diciembre de 1993 se publicó la nueva Constitución Política del Perú, la misma que entró en vigencia a partir del 31 de diciembre de dicho año.

30. Al respecto, el Artículo 61° la Constitución de 1993 estableció lo siguiente:

Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

¹¹ Con fecha 25 de junio de 2008 se publicó el Decreto Legislativo N° 1034, que aprobó la **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**. Al respecto, la Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 701 derogó el Decreto Legislativo N° 701.

(...)

[El subrayado es nuestro]

31. Sobre el particular, al comentar el contenido del mencionado Artículo 61º, BULLARD¹² señala que:

El monopolio no está prohibido, sino que mientras que la posición de dominio en el mercado sea adquirida por la vía de una legal y legítima competencia, está tutelada por el Estado. Lo que se prohíbe son dos situaciones: el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia.

[El subrayado es nuestro]

32. En consecuencia, fue con la emisión de la Constitución de 1993 que quedó sin efecto el Artículo 1º del Decreto Legislativo N° 690, en el extremo que prohibía el establecimiento de monopolios en la actividad ferroviaria.
33. Con relación al Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público - REMA y al Reglamento de Acceso a la infraestructura otorgada en Concesión en favor de FTSA, tenemos que el marco jurídico de atribuciones de OSITRAN establece lo siguiente:

(i) **Ley de Creación del OSITRAN**

Artículo 6.- Atribuciones

6.1. El OSITRAN, en concordancia con las funciones previstas en la Ley y las que se establezcan en su Reglamento, ejerce atribución regulatoria, **normativa**, fiscalizadora y de resolución de controversias.

6.2. Las atribuciones reguladoras y normativas del OSITRAN comprenden la **potestad exclusiva de dictar**, en el ámbito de su competencia, **reglamentos autónomos y otras normas referidas a intereses, obligaciones, o derechos de las Entidades Prestadoras o de los usuarios.**

[El subrayado es nuestro]

Artículo 7.- Funciones

7.1. *Las principales funciones del OSITRAN son las siguientes:*

m) Regular la coordinación de las relaciones entre distintas Entidades Prestadoras y otros agentes vinculados a la actividad.

p) Cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.

[El subrayado es nuestro]

(ii) **La Ley Marco de los Reguladores, modificado por la Ley 27631, establece lo siguiente:**

¹² BULLARD GONZÁLES: *Derecho y Economía*, Palestra Editores, Lima, 2003, página 667.

Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones:

"c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;
(...)

[El subrayado es nuestro]

34. Ahora bien, teniendo en consideración dicho marco, el Artículo 4º del REMA - señala que constituye objeto de dicho cuerpo normativo, establecer las reglas y procedimientos aplicables para garantizar el derecho de ACCESO a las FACILIDADES ESENCIALES, determinando, entre otros, los criterios legales a los cuales deberán sujetarse:

- a) *Los contratos de acceso, incluida su forma y mecanismo de celebración; y,*
- b) *Los mandatos de acceso y demás pronunciamientos que emite OSITRAN sobre el Acceso a la Facilidad Esencial.*

[El subrayado es nuestro]

35. Al respecto, conforme a lo establecido en el Anexo N° 1 del REMA, constituyen **Facilidades Esenciales de la Vía Férrea**: la línea férrea, los patios de maniobras y sus correspondientes desvíos, los desvíos y las estaciones ferroviarias de carga y descarga de mercancías y embarque y desembarque de pasajeros.

De otro lado, de acuerdo a lo establecido por el Anexo N° 2 del REMA, entre los **Servicios Esenciales** sujetos a la aplicación del REMA, se encuentra el uso de la vía férrea.

36. Adicionalmente, conforme a lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria del REMA, dicho Reglamento es de aplicación supletoria a lo establecido en el Contrato de Concesión, en la medida que éste último no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para el Acceso o si existieran aspectos no previstos de manera expresa en el respectivo Contrato:

Las Entidades Prestadoras que cuenten con un Contrato de Concesión se rigen, en cuanto a las reglas de procedimiento para otorgar el derecho de Acceso a Facilidades Esenciales, por lo estipulado en el presente Reglamento, salvo que dicho contrato contenga normas específicas diferentes. En consecuencia, el presente Reglamento será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo Contrato de Concesión si éste no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para el Acceso, o si regulado ello parcialmente, existieran aspectos no previstos de manera expresa en el Contrato de Concesión para resolver cierta situación o determinar la forma de tratamiento de una materia relativa al procedimiento para otorgar el derecho de Acceso.

[El subrayado es nuestro]

37. En ese sentido, el Artículo 6° del REMA señala que dicho Reglamento es de aplicación a las Entidades Prestadoras¹³ que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público.
38. De esta manera, observamos que el Artículo 8° del REMA instituye los **principios que deben sustentar las reglas para brindar el acceso a una facilidad esencial** y, del mismo modo, dichos principios, **establecen los límites y lineamientos de OSITRAN para la emisión de mandatos y otros pronunciamientos sobre el Acceso.**
39. Así, entre los principios establecidos por el Artículo 8° del REMA, encontramos el Principio de NEUTRALIDAD y el Principio de NO DISCRIMINACIÓN:

b) Principio de neutralidad

La Entidad Prestadora debe tratar a los usuarios intermedios no vinculados a ella de la misma manera que trata a su filial o empresa vinculada operadora de servicios competitivos, o como se trata a sí misma en condiciones iguales o equivalentes.
(...)

c) Principio de no discriminación

Bajo condiciones equivalentes, la Entidad Prestadora debe tratar de la misma manera a todos los operadores de servicios en competencia.

[El subrayado y negrilla son nuestros]

40. Ahora bien, dado que el **Principio de Equidad** establecido en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión tiene por objeto garantizar la equidad en la prestación de **SERVICIOS** que el Concesionario brinda a los **Operadores**¹⁴, consideramos que el tratamiento equitativo por parte del Concesionario a los **Postores**, es decir, a los Operadores que participen en la subasta por horarios, se encontrará garantizado por el **Principio de Neutralidad** establecido en el REMA.

¹³ REMA, Artículo 3.- Definiciones:

(...)

k) Entidad Prestadora

Son las empresas o grupo de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, sean empresas públicas o concesionarias...

¹⁴ Contrato de Concesión:

7.6 **Equidad de Servicios.** *El Concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes.*

(...)

41. En efecto, consideramos que el **Principio de Neutralidad**:
- i) Es de obligatorio cumplimiento para el Concesionario, en virtud de lo establecido por los Artículos 4º, 6º y 8º del REMA, dado que conforme a lo establecido en el propio Contrato de Concesión, cláusulas 1.1 y 2.3¹⁵, dicho reglamento se constituye en ley aplicable.
 - ii) Es un complemento del Principio de Equidad establecido expresamente en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, dado que el tratamiento equitativo en el proceso de subasta por el Acceso a la Línea Férrea no se encuentra regulado por el Contrato de Concesión¹⁶.
42. Es en ese sentido que el Artículo 10º del Reglamento de Acceso a la infraestructura dada en Concesión a favor de FTSA, establece que el factor de competencia en la subasta se determinará con arreglo al Contrato de Concesión, conforme a las normas regulatorias y de competencia que resulten aplicables:

Artículo 10º.- Procedimiento de Acceso por Subasta

10.1 De conformidad con lo previsto en el REMA, en caso de escasez de infraestructura, es decir, cuando el número de solicitantes de acceso excede a la capacidad de la infraestructura disponible, se debe realizar una subasta para asignar dicha infraestructura.

En caso de acceso a la vía férrea, el procedimiento de acceso por subasta se regula por lo previsto en la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión.

(...)

(iii) El Factor de Competencia se determinará con arreglo al Contrato de Concesión, conforme con las normas regulatorias y de competencia que resulten aplicables.

(...)

[El subrayado es nuestro]

¹⁵ Contrato de Concesión:

1.1 **Definiciones.** Para los fines del presente contrato, las partes convienen que los términos que a continuación se señalan tendrán el siguiente significado:

Leyes Aplicables: significará cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental.

[El subrayado es nuestro]

23.2 **Ley Aplicable.** Las Partes declaran expresamente que el presente Contrato de Concesión, está siendo sometido a las leyes de la República del Perú y, en especial, a las normas indicadas en los antecedentes.

¹⁶ Dicha situación fue materia de análisis al redactarse el Contrato de Concesión. En efecto, al respecto podemos mencionar los comentarios remitidos a la CEPRI – ENAFER por el Banco Mundial, mediante documento de fecha 3 de diciembre de 1998, en donde entre otras cosas señala que el principio de no discriminación contenido en el proyecto de contrato <menciona únicamente a la prohibición de discriminación con respecto a "servicios equivalentes". La experiencia en otros países sugiere que una redacción tan genérica probablemente dará lugar a una necesidad de reinterpretación futura por parte de la agencia reguladora OSITRAN>.

(Folio 730 del File Palanca CEPRI "Digitalizable", File N° 4, Estudio Rosello, Archivo Central, Disco 2, CD 031)

43. Por otra parte, con relación a la **Reglas de la Subasta** por el acceso a las facilidades esenciales, los Artículo 78º, 81º y 82º del REMA establecen lo siguiente:

Artículo 78º.- Criterios para elaborar las Bases.

Las Entidades Prestadoras deberán considerar que las Bases respeten y permitan alcanzar la finalidad del Acceso, y el cumplimiento de los principios y criterios establecidos en este Reglamento, garantizando el Acceso al mayor número posible de competidores, así como un trato equitativo entre los postores.

Artículo 81º.- Reglas de la subasta.

Las Bases de la subasta deberán respetar y contener lo siguiente:

- a) Los criterios, normas y procedimientos establecidos en este Reglamento.
- b) Los mecanismos de información que permitan a los postores conocer las condiciones existentes en la infraestructura, los servicios que se prestan y otra información que sea relevante.
- c) Podrán limitar la participación como postores de empresas vinculadas.

Artículo 82º.- Reglas de subasta en contratos de concesión.

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes, en caso que el contrato de concesión hubiera incorporado las reglas que regulan la subasta, éstas deberán incorporarse a las Bases y serán de cumplimiento obligatorio para el desarrollo del proceso. Si el contrato de concesión ya incorporara un modelo de Bases, la subasta se desarrollará de acuerdo a dicho modelo.

[El subrayado es nuestro]

44. Asimismo, respecto de las **Observaciones a la Bases de la Subasta por parte de OSITRAN**, el Artículo 92º del REMA establece que:

Artículo 92º.- Observaciones a las Bases por OSITRAN.

OSITRAN podrá realizar de oficio, en un plazo de cinco (05) días de culminado el proceso de consultas, observaciones a las Bases. Asimismo, podrá requerir a la Entidad Prestadora absolver las observaciones de los postores que así lo solicitaron. En tal caso, OSITRAN podrá requerir a la Entidad Prestadora, para que en el plazo de cinco (05) días, efectúe las modificaciones a las Bases a que hubiera lugar.

El incumplimiento de la obligación de subsanación a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, está sujeto a que dicha disposición no genere efecto legal alguno para los postores y sea considerada como no válida.

OSITRAN podrá observar las Bases o requerir a las Entidades Prestadoras, la inclusión de elementos de evaluación adicionales, especialmente en casos que estime que por condiciones de mercado, el servicio para el cual se solicita el Acceso no pueda brindarse en condiciones suficientemente competitivas. En ese supuesto, OSITRAN podrá requerir a las Entidades Prestadoras que incluyan como un factor de competencia el Cargo de Acceso que el usuario intermedio propone cobrar por el servicio, o requerir la inclusión de condiciones que sean necesarias para que la participación de los usuarios intermedios que sean filiales o vinculados a la Entidad Prestadora no obtengan un tratamiento privilegiado o violatorio de los principios de neutralidad o de no-discriminación.

El incumplimiento de esta obligación será sancionado conforme el Reglamento de Infracciones y Sanciones.

[El subrayado es nuestro]

45. Adicionalmente, debe tenerse presente que tanto FTSA¹⁷ como PERURAIL¹⁸ han señalado lo siguiente:

... el REMA establece que en caso OSITRAN pudiese tener alguna observación respecto a la participación de empresas vinculadas o filiales en tanto la misma afectara los principios de neutralidad o no – discriminación, el Regulador se encuentra habilitado para requerir la inclusión de las condiciones necesarias a fin de cautelar el cumplimiento de dichos principios ...

[El subrayado es nuestro]

46. En ese mismo sentido, en el Informe adjunto al escrito de Perurail se señala que:

... el artículo 92º tercer párrafo del REMA permite a OSITRAN requerir la inclusión en las Bases, de condiciones que estime necesarias para que el vinculado de la prestadora que participe no tenga tratamiento privilegiado o violatorio de los principios de neutralidad o de no discriminación...¹⁹

47. Como puede observarse, tanto FTSA como su operador vinculado han reconocido expresamente las atribuciones de OSITRAN en materia de acceso a la facilidad esencial

48. Por lo tanto, queda claro que tanto el REMA como el Reglamento de Acceso han previsto:

- (i) Que el proceso de subasta debe garantizar el mayor número posible de competidores, así como un trato equitativo entre postores, debiéndose observar los principios de neutralidad y de no discriminación.
- (ii) Un marco de actuación del Regulador, que puede implicar:
 - Limitar la participación como postor de la empresa vinculada
 - Observar las Bases o requerir la inclusión de elementos de evaluación adicionales.

B. MARCO CONTRACTUAL

B.1 De las Bases de la Licitación

49. Por Acuerdo de fecha 23 de noviembre de 1998, el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. – CEPRI ENAFER aprobó las Bases de la denominada “*Licitación Pública Especial Internacional para la entrega en Concesión de la Administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur – Oriente*”.

¹⁷ Página 18 de su escrito de fecha 31 de julio de 2008.

¹⁸ Página 14 de su escrito de fecha 31 de julio de 2008.

¹⁹ Página 25 del Informe elaborado por el Estudio Rodrigo, Elias & Medrano, por encargo de Perurail, adjunto al escrito de fecha 31 de julio de 2008.

50. Dichas Bases fueron aprobadas por la Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI en su sesión de fecha 01 de diciembre de 1998.
51. Así, las Bases de la Licitación, fechadas el 18 de diciembre de 1998, establecieron lo siguiente:

1.1 Objeto de la Licitación

El CEPRI – ENAFER ha convocado a la Licitación Pública Especial Internacional con el objeto que el MTC otorque en concesión la administración de la Infraestructura Vial Ferroviaria y de los Servicios de Transporte Ferroviario de los ferrocarriles del centro, sur y sur – oriente, ...

1.3 Definiciones

(...)

En las presentes Bases, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se detallan

(...)

Operador de Servicios de Transporte Ferroviario: *Es cualquier persona jurídica constituida o establecida en el país, que cuente con el permiso de operación correspondiente emitido por el MTC y que desarrolle Servicios de Transporte Ferroviario.*

Porteador de Servicios de Transporte Ferroviario: *Es cualquier persona natural o jurídica que organiza Servicios de Transporte Ferroviario para que los ejecute. No queda incluido en esta definición el público en general que utiliza los Servicios de Transporte Ferroviario organizados por los Porteadores o los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario.*

(...)

Servicios de Transporte Ferroviario: *Son los servicios de transporte que realizan en equipos especiales para la conducción de personas o carga sobre la Línea Férrea y que también pueden comprender las operaciones de embarque y desembarque, las operaciones relacionadas al material tractivo y rodante, así como las operaciones vinculadas a los sistemas de señalización, telecomunicaciones y electricidad de cada Operador o Porteador de Servicios de Transporte Ferroviario.*

El concesionario sólo podrá desarrollarlos cuando sea contratado al efecto por un Operador o Porteador de Servicios de Transporte Ferroviario.

[El subrayado es nuestro]

52. De esta manera, conforme a las Bases originales, el Concesionario únicamente tenía la posibilidad de prestar el servicio de transporte ferroviario cuando hubiese sido contratado para tal efecto por un Operador o un Porteador de Servicios de Transporte Ferroviario.
53. Posteriormente, el 15 de marzo de 1999, con ocasión de la emisión de la Circular 17, se precisaron los alcances de las Bases y de la versión preliminar del Contrato de Concesión, tal como lo veremos posteriormente al analizar el contenido de la mencionada Circular.

B.2 Del Proceso de Licitación

54. Con relación al proceso de licitación, tenemos que:

Luego de realizada la venta de las bases (14 empresas mostraron interés en participar) y absueltas las consultas, la versión definitiva del contrato de concesión fue aprobada por

la COPRI en su sesión del 30 de junio de 1999, y fue entregada a los postores precalificados el 8 de julio del mismo año.

El proceso de precalificación se realizó sobre la base del "Reglamento de precalificación de postores" al que quedaron sujetos siete postores (integrados por tres personas jurídicas y cuatro consorcios). Dicho procedimiento incluía aspectos técnicos, operativos y financieros, así como los criterios pro considerar los parámetros de medición correspondientes. Para este fin, calificarían aquellos postores que en las referencias presentadas en el Sobre N° 1 obtuviesen como puntaje ponderado integral, un valor al menos 50% superior al puntaje referencial obtenido por Enafer. En esta etapa, precalificaron cuatro postores, los cuales quedaron hábiles para continuar la licitación.

El día de la instalación de la Comisión de Recepción y de Adjudicación se recibieron dos ofertas (Sobre N° 2), las cuales fueron declaradas válidas; luego de anunciada la validez de las ofertas del Consorcio de Ferrocarriles del Perú y del Consorcio G&W/Unrail se procedió a la apertura de los Sobres N° 3 que contenían las ofertas económicas, con los siguientes resultados:

- Consorcio Divisible Ferrocarriles del Perú:

Tramo FC del Centro	24.750%
Tramo FC Sur y Sur Oriente	37.250%

Oferta Ponderada	33.375%
------------------	---------

- Consorcio G&W / Unrail 33.000%

De esta manera, el CEPRI otorgó la Buena Pro al Consorcio Divisible Ferrocarriles del Perú para que, en su calidad de concesionario, suscriba los contratos de concesión correspondientes a cada uno de los tramos en que operarían concesionarios diferentes en la fecha de cierre.²⁰

55. En ese sentido, el 19 de julio de 1999 fue adjudicada la Buena Pro en la Licitación Pública Especial Internacional convocada por la CEPRI - ENAFER al Consorcio Ferrocarriles del Perú.
56. Posteriormente, en la Fecha de Cierre llevada a cabo el 20 de septiembre de 1999:
 - a. El Consorcio Ferrocarriles del Perú acreditó la constitución de la empresa FTSA, para la administración de los ferrocarriles del Sur y Sur Oriente del Perú
 - b. Se suscribió el Contrato de Concesión.

B.3 De la Circular 17 y sus Proyectos

57. Mediante fax de fecha 02 de marzo de 1999, el Sr. Rene Calderón, miembro titular de la CEPRI – ENAFER, remitió al Estudio Rosselló S.C.R.L. (Estudio Rosselló) un proyecto de circular destinado a garantizar la continuidad de las operaciones luego de la transferencia programada en la Fecha de Cierre.

²⁰ Comisión de Promoción de la Inversión Privada – COPRI y OSITRAN: *El Proceso de Concesión de la Infraestructura Ferroviaria en el Perú*, Primera Edición, Febrero 2001, paginas 26 y 27.

58. Como consecuencia de ello, mediante fax de fecha 8 de marzo de 1999, el Estudio Rosselló remitió a la CEPRI – ENAFER un nuevo proyecto de circular, en donde entre otras cosas se precisaba como obligación complementaria del Adjudicatario/Concesionario el contratar o constituir una persona jurídica que actúe como Operador y/o Proveedor de Servicios de Transporte Ferroviario.
59. Posteriormente, mediante fax de fecha 10 de marzo de 1999, el Estudio Rosselló remitió a la CEPRI – ENAFER un nuevo proyecto de circular, en el cual se incluyó la prohibición de que el Adjudicatario/Concesionario cuente con un Operador y un Proveedor simultáneamente y la prohibición de que tenga más de un Operador o más de un Proveedor.
60. Finalmente, con fecha 15 de marzo de 1999 la CEPRI – ENAFER emitió la Circular 17, en donde a la Fecha de Cierre, se establecieron, entre otras, las siguientes obligaciones para el Concesionario/Adjudicatario:

“... garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.”

“... contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. (...)”

“... no podrá participar simultáneamente, directa o indirectamente a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de sus Empresas Vinculadas, en más de un operador de Servicios de Transporte Ferroviario.”

“...permitir el ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario y cumpla con los requisitos mínimos exigidos, así como de otorgarle las condiciones no discriminatorias establecidas.”

[El subrayado es nuestro]

61. En ese sentido, a continuación presentamos un cuadro comparativo del contenido de las diferentes versiones (antecedentes) de la Circular N° 17

**Cuadro N° 1
Comparativo de Proyectos y Circular N° 17**

Temas		Documentos	Proyecto del 02.03.99	Proyecto del 08.03.99	Proyecto del 10.03.99	Circular N° 17 del 15.03.99
Objeto			No afectar el Sistema Ferroviario por la transferencia programada en la Fecha de Cierre y, en ese sentido, dar continuidad a las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre.	No afectar la Operación del Sistema Ferroviario por la transferencia programada en la Fecha de Cierre y, en ese sentido, dar continuidad a las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre.	No afectar la Operación del Sistema Ferroviario por la transferencia programada en la Fecha de Cierre y, en ese sentido, dar continuidad a las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre.	No afectar la Operación del Sistema Ferroviario por la transferencia programada en la Fecha de Cierre y, en ese sentido, dar continuidad a las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre.
Obligaciones del Adjudicatario / Concesionario	Obligación Principal		Concertar y asegurar la participación de un Operador de Servicio de Transporte Ferroviario o a un Proveedor de Servicio de Transporte Ferroviario, en cada tramo.	Garantizar que cuenta con un Operador y/o Proveedor de Servicios de Transporte Ferroviario	Garantizar que cuenta con un Operador o con un Proveedor de Servicios de Transporte Ferroviario, para todo el sistema ferroviario.	Garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario
	Obligación Subordinada		Constituir o propiciar la constitución de una empresa que actuará como Operador o Proveedor del Servicio de Transporte Ferroviario.			
	Obligación complementaria		Informar mediante comunicación expresa conjuntamente con el Sobre N°2, los compromisos, contratos ad – referéndum o documento similar sobre los convenios que en este sentido haya pactado con los futuros eventuales operadores o proveedores	Contratar con o constituir una apersona jurídica que actúe como Operador y/o Proveedor de Servicios de Transporte Ferroviario para el sistema de ferrocarriles objeto de esta Licitación. En el caso de Consorcios Divisibles deberá cumplirse con este requisito para cada uno de los ferrocarriles, pudiendo el mismo Operador y/o Proveedor de Servicios de Transporte Ferroviario actuar como tal para más de un ferrocarril.	Contratar con o constituir una apersona jurídica que actúe como Operador o como Proveedor de Servicios de Transporte Ferroviario para el sistema de ferrocarriles objeto de esta Licitación. En el caso de Consorcios Divisibles el Adjudicatario deberá contar con un Operador o con un Proveedor de Servicios de Transporte Ferroviario por cada ferrocarril, pudiendo una misma persona jurídica actuar como Operador o como Proveedor de Servicios de Transporte Ferroviario para más de un ferrocarril.	Contratar , o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario
					No podrá participar simultáneamente, directamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de sus Empresas Vinculadas, en un Operador y un Proveedor de Servicios de Transporte Ferroviario. Tampoco pondrá participar, directamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de sus Empresas Vinculadas, en más de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario o en más de un Proveedor de Servicios de Transporte Ferroviario.	No podrá participar simultáneamente, directa o indirectamente a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de sus Empresas Vinculadas, en más de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.
	Ratificación de obligación establecida en proyecto de contrato		Queda vigente la obligación del Concesionario de permitir posteriormente el ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador y/o Proveedor del Servicio de Transporte Ferroviario y cumpla con los requisitos mínimos exigidos así como de otorgarle las condiciones no discriminatorias establecidas.	Queda vigente la obligación del Concesionario de permitir el libre acceso a la Línea Férrea cuando las condiciones técnicas o de seguridad lo permitan y de no discriminar entre Operadores y/o Proveedores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes.	Queda vigente la obligación del Concesionario de permitir posteriormente el libre ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador y/o Proveedor de Servicios de Transporte Ferroviario y cumpla con los requisitos mínimos exigidos, así como de otorgarle las condiciones no discriminatorias establecidas.	Queda vigente la obligación del Concesionario de permitir el ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario y cumpla con los requisitos mínimos exigidos, así como de otorgarle las condiciones no discriminatorias establecidas.

Fuente: Proyectos de fechas 02, 08 y 10 de marzo de 1999 y Circular N° 17
Elaboración: Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN

62. Asimismo, con relación a la prestación del Servicio de Transporte Ferroviario, la Circular N°17 estableció adicionalmente lo siguiente:

- (i) Los Proveedores de Servicios de Transporte Ferroviario, en su calidad de usuarios de los servicios ferroviarios, deberán contar con Operadores como cualquier otro usuario.
- (ii) Se dispone la eliminación de toda mención a portadores o proveedores de servicios de transporte ferroviarios.

- (iii) Concesionario no está facultado para organizar, desarrollar y explotar Servicios de Transporte Ferroviario por cuenta propia, a solicitud de operadores o de algún tercero.
 - (iv) En virtud de lo anterior, debe entenderse modificadas la definición de Servicios de Transporte Ferroviario, así como la Cláusula 6.3 y demás pertinentes de la versión preliminar del Contrato de Concesión.
63. Por lo tanto, con relación a la emisión de la Circular N° 17 queda claro que:
- (i) El Concesionario no podrá prestar el Servicio de Transporte Ferroviario por cuenta propia, a solicitud de un operador o de un tercero.
 - (ii) No se ha encontrado elementos que permitan concluir que la Circular N° 17 señalara que la actividad del operador vinculado tenga carácter temporal o provisional.

B.4 De las Circulares 43 y 73

64. En la Circular N° 43 del 7 de mayo de 1999, se establece que la empresa Operadora deberá tener personería jurídica distinta del Concesionario; sin embargo, la obligación complementaria establecida al Concesionario mediante la Circular 17, de contratar o constituir una persona jurídica que actué como operador, fue restringida con la emisión de la Circular N° 73 del 3 de septiembre de 1999.
65. En efecto, mediante la Circular N° 73, la CEPRI – ENAFER establece al Concesionario la obligación de acreditar que ha celebrado el Contrato de Acceso a la Línea Férrea con un Operador que tenga una conformación accionaria IDÉNTICA a la del Concesionario:

El Operador de Servicios de Transporte Ferroviario con el que deberá acreditar el Concesionario que ha celebrado un Contrato de Ingreso a la Línea Férrea, deberá presentar una conformación accionaria idéntica a la del Concesionario, de forma que ambas sociedades presenten los mismos accionistas, socios o participacionistas con las mismas proporciones de participación sobre los respectivos capitales sociales.

Esta exigencia no impide que, con posterioridad a la Fecha de Cierre, cualquiera de los accionistas, socios o participacionistas de dicho Operador de Servicios de Transporte Ferroviario, disponga, grave o transfiera su participación en el capital de dicho Operador ...

[El subrayado es nuestro]

B.5 Del Contrato de Concesión

66. Tal como indicamos precedentemente, en la Fecha de Cierre, es decir el 20 de septiembre de 1999, se suscribió el Contrato de Concesión el cual, entre otras disposiciones, estableció lo siguiente:

CLÁUSULA PRIMERA: DEFINICIONES Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN

1.1 **Definiciones.** Para los fines del presente contrato, las partes convienen que los términos que a continuación se señalan tendrán el siguiente significado:

(...)

Concesión: significará el acto administrativo plasmado en el presente Contrato, mediante el cual el Concedente otorga al Concesionario el derecho de explotar los Bienes de la Concesión, prestar Servicios de Transporte Ferroviarios, con excepción del transporte de pasajeros y carga que serán desarrollados por cualquier Operador, y Servicios Complementarios en el área Matriz, quedando obligado al pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial, de acuerdo a los derechos y obligaciones establecidos en este Contrato y en la Leyes Aplicables.

(...)

Operador de Servicios de Transporte Ferroviario: es cualquier persona constituida o establecida en el país, que cuente con el Permiso de Operación correspondiente emitido por el MTC y que desarrolle servicios de transporte ferroviario. De acuerdo con lo previsto en la Circular N° 17, en la Fecha de Cierre el Concesionario deberá contratar una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.

(...)

Servicios de Transporte Ferroviario: significará los servicios de transporte que se realizan en equipos especiales para la conducción de personas o carga sobre una Línea Férrea y que también pueden comprender las operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, las operaciones relacionadas al Material Tractivo y Rodante, así como las operaciones vinculadas a los sistemas de señalización y telecomunicaciones. El Concesionario puede desarrollar estos servicios, con excepción del transporte de pasajeros y/o de carga.

(...)

[El subrayado es nuestro]

CLÁUSULA SEXTA: EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN

6.3 **Autorización para la explotación de Servicios de Transporte Ferroviario.** Este Contrato también es título suficiente para que el Concesionario pueda prestar Servicios de Transporte Ferroviario, con excepción del transporte de pasajeros y/o de carga, no requiriendo de ningún otro permiso, autorización o licencia que deba ser emitido por el Concedente. En virtud de esta autorización y cumpliendo con las obligaciones que este Contrato le imponga, el Concesionario puede desarrollar las operaciones de embarque y desembarque; carga y descarga; mantenimiento de Material Tractivo y/o Rodante; las operaciones vinculadas con la señalización , telecomunicaciones; entre otras que sean posible desarrollar para la explotación de Servicios de Transporte Ferroviario, conforme a las Leyes Aplicables.

El Concesionario reconoce expresamente que los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario también pueden desarrollar dichos Servicios, conforme a las Leyes Aplicables.

[El subrayado es nuestro]

67. Como puede observarse, el contenido del Contrato simplemente ratificó el contenido de lo dispuesto por la Cláusula N° 17.

Cuadro N° 2
Servicio de Transporte
(Comparativo de Bases, Circular N° 17 y Contrato de Concesión)

Documentos		Bases	Circular N°17	Contrato de Concesión
Tema				
Servicio de Transporte	Definición	Conducción de personas o carga sobre la Línea Férrea y que también pueden comprender las operaciones de embarque y desembarque, las operaciones relacionadas al material tractivo y rodante, así como las operaciones vinculadas a los sistemas de señalización, telecomunicaciones y electricidad de cada Operador o Porteador de Servicios de Transporte Ferroviario.		Conducción de personas o carga sobre una Línea Férrea y que también pueden comprender las operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, las operaciones relacionadas al Material Tractivo y Rodante, así como las operaciones vinculadas a los sistemas de señalización y telecomunicaciones.
	Prohibición con relación al Concesionario	El concesionario sólo podrá desarrollarlos cuando sea contratado al efecto por un Operador o Porteador de Servicios de Transporte Ferroviario.	Concesionario no está facultado para organizar, desarrollar y explotar Servicios de Transporte Ferroviario por cuenta propia, a solicitud de operadores o de algún tercero.	El Concesionario puede desarrollar estos servicios, con excepción del transporte de pasajeros y/o de carga.

Fuente: Bases, Circular N° 17 y Contrato de Concesión
 Elaboración: Gerencia de Asesoría Legal

B.6 Del Contrato de Acceso a la Línea Férrea

68. Sobre los **Contratos de Acceso** (denominados en el Contrato de Concesión como **Contratos con Operadores** o **Contratos de Ingreso a la Línea Férrea**) debemos señalar que la Cláusula 7.3 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

7.3 **Contratos con Operadores.** *El Concesionario deberá celebrar contratos de ingreso a la Línea Férrea con los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario, a fin que éstos puedan desarrollar dichos Servicios. Los Contratos de ingreso a la Línea Férrea serán los únicos documentos que acrediten la existencia y alcances de las relaciones entre el Concesionario y los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario ...*

Los contratos de ingreso a la Línea Férrea deberán contener, al menos las siguientes estipulaciones:

(...)

(iii) *El plazo de vigencia. El que no podrá exceder de 10 años, sin perjuicio del derecho de quienes lo celebren de acordar oportunamente su renovación.*

(...)

- (vi) *La obligación del Operador de Servicios de Transporte Ferroviario de aceptar la subasta de cualquiera de sus horarios, en caso existiera pluralidad de interesados en el mismo, conforme a lo previsto en el numeral 7.6 (i) de este Contrato.*
- (...)
- (x) *La obligación del Concesionario y del Operador de Servicios de Transporte Ferroviario de comunicar al Concedente y a OSITRAN cualquier modificación del contrato de ingreso a la Línea Férrea*

[El subrayado es nuestro]

- 69. De esta manera, el 20 de septiembre de 1999, FTSA y Perurail suscribieron el correspondiente **Track Access Agreement**²¹.
- 70. La última versión de dicho **Contrato de Acceso** obra en un documento signado con fecha 01 de marzo de 2007, en donde entre otras cosas se incluyó lo siguiente:

3. OBJETO DEL CONTRATO

- (a) *Las partes convienen en señalar que constituye objeto del presente contrato el uso de la Facilidad Esencial constituido por la vía férrea en la Red Ferroviaria del Sur y Sur Oriente cuya utilización resulta indispensable para la prestación del servicio esencial constituido por el uso de la vía férrea. La relación entre el servicios esencial y la facilidad esencial cuyo acceso es objeto del contrato radica en la necesidad de usar la vía férrea para desarrollar el servicio de transporte ferroviario.*

(...)

- (e) *Las partes dejan expresa constancia en reconocer que PeruRail requiere el acceso a la Facilidad Esencial a que se refiere el presente contrato de una manera permanente, no siendo factible establecer fechas ni horarios específicos; debiendo considerarse permitido el acceso a las áreas de infraestructura esencial descritas en el Anexo 2 adjunto, las 24 horas del día de los 365 del año. PeruRail podrá hacer uso de esta facultad cuando no entre en conflicto con el horario preestablecido de cualquier operador ferroviario y cuente con la autorización del concesionario.*²²

[El subrayado y negrillas son nuestros]

- 71. Por lo tanto, como puede observarse, es a partir de la suscripción de este Contrato de Acceso que Perurail posee FORMALMENTE todos los horarios²³ establecidos en la ruta Cusco- Machu Picchu – Hidroeléctrica del FSO.

²¹ *Contrato de Acceso a la Vía* (traducción libre).

La versión electrónica de dicho documento obra en su versión en inglés en el archivo 301013001.pdf del CD 2 del Libro Blanco - File Palanca CEPRI – ENAFER.

²² El Anexo hace referencia a las siguientes Rutas:

1. Cusco .- Machu Picchu - Hidroeléctrica
2. Cusco – Juliaca – Puno
3. Juliaca – Arequipa – Matarani
4. Juliaca – Arequipa – Mollendo
5. Pachar - Urubamba

²³ Con relación a los horarios, el Contrato de Concesión establece lo siguiente:

7.3 Contratos con Operadores.(...)

72. En este punto es conveniente precisar que tal como lo ha reconocido FTSA:

*(...) La determinación de horarios y frecuencias es fruto de la **conjunción de las condiciones de demanda**, expresada en las solicitudes de los Operadores, de una parte,*

Los contratos de ingreso a la Línea Férrea deberán contener, al menos, las siguientes estipulaciones:

(i) La identificación de los Servicios de Transporte Ferroviario que desarrollará el Operador, incluyendo sus itinerarios, frecuencias y horarios.

(...)

7.10. Información sobre capacidad de la Línea Férrea. El Concesionario está obligado a proporcionar información a los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario respecto de la capacidad de la Línea Férrea para prestar Servicios de Transporte Ferroviario, lo que incluye pero no se limita a información sobre frecuencias y horarios disponibles, resistencia de la Línea Férrea y cualquier otro aspecto técnico o de seguridad vinculado con dichos Servicios.

[El subrayado es nuestro]

Asimismo, sin perjuicio de lo establecido por el Contrato de Concesión(*), el Reglamento Nacional de Ferrocarriles (RNF), establece lo siguiente:

Artículo 3.- Términos empleados

Para los efectos del presente Reglamento Nacional de Ferrocarriles, los términos que a continuación se señalan tienen el siguiente significado:

(...)

Horario de Trenes: Documento que emite la Organización Ferroviaria, con las disposiciones para el movimiento de los trenes ordinarios en la vía férrea principal y ramales; contiene los itinerarios clasificados con instrucciones especiales.

Itinerario: Documento que contiene tiempos, rumbos e instrucciones especiales de estricto cumplimiento en el movimiento de los trenes por la vía principal y ramales que circulan bajo demanda, sin autorización pre-establecida en un horario.

(...)

Artículo 66.- Normas ferroviarias Internas

Las Organizaciones Ferroviarias a cargo de las vías férreas deben contar con las siguientes normas ferroviarias internas:

- a) Reglamento Operativo Interno.
- b) Horario de Trenes.

Estos documentos deben ser redactados en idioma castellano, de manera clara y precisa, ajustarse a lo dispuesto en el presente Reglamento y demás disposiciones aplicables y mantenerse actualizados. Los mismos deben ser suministrados por la Organización Ferroviaria a cargo de la vía férrea.

Artículo 68.- Horario de Trenes

El documento denominado "Horario de Trenes" debe indicar, por lo menos, lo siguiente:

- a) El sistema de control de trenes para cada tramo.

b) Los itinerarios indicando la dirección en que circulan los trenes, la superioridad en la dirección, la hora de salida y de llegada a las estaciones, así como los tiempos mínimos de recorrido entre estaciones.

(...)

[El subrayado es nuestro]

(*) Al respecto, debe tenerse presente que el Artículo 2º del Reglamento Nacional de Ferrocarriles (RNF), establece que dicho cuerpo normativo "... **es de aplicación en las Concesiones ferroviarias, a excepción de las normas que se opongan a lo expresamente estipulado en los contratos de concesión respectivos.**"

y las restricciones técnicas, operativas y de seguridad, que el Concesionario esta llamado a considerar, de la otra. (...)²⁴

[El subrayado y negrillas son nuestros]

C. **ANÁLISIS DE LA CLAUSULA 7.6 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**

73. A continuación, analizaremos el contenido de la Cláusula 7.6, la cual establece lo siguiente:

7.6 **Equidad de Servicios.** *El Concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes.*

*En caso dos o más Operadores de Servicio de Transporte Ferroviario **deseen usar al mismo tiempo** el mismo segmento de la Línea Férrea o que el Servicio de Transporte Ferroviario de cada uno de ellos limite, restrinja o impida el del otro, por el momento en que ambos Servicios **deseen ser desarrollados**, el **Concesionario queda obligado**, a partir del segundo Año de Concesión, a:*

(i) **Desarrollar un concurso** para seleccionar a cual de ellos se adjudica el horario solicitado, **en el que podrán participar los Operadores antes citados y cualquier otro Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.** La convocatoria a concurso deberá efectuarse obligatoriamente tan pronto el Concesionario reciba una comunicación escrita de cualquier otro Operador, **que no sea una Empresa Vinculada del Concesionario** ..., con la que complete la pluralidad de interesados por el mismo horario en el mismo segmento de Línea Férrea y/o en la misma frecuencia o en cualquiera de ellas que limite, restrinja o impida el **Servicio de Transporte Ferroviario desarrollado** por otro Operador. El pedido de un Operador ... no originará un concurso cuando el horario involucrado hubiera sido adjudicado previamente mediante el mecanismo de concurso aquí regulado.

A fin de permitir la realización de este concurso, el Concesionario está obligado a incluir en sus relaciones con Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario una estipulación expresa en el sentido que cualquier horario convenido está supeditado en su vigencia a la realización de un concurso por dicho horario, en caso existiera pluralidad de interesados conforme a lo previsto en este Contrato.

(...)

(iii) *La selección del ganador del concurso se efectuará a favor de quien oferte la **tarifa por uso de vía más alta**...*

(iv) *El horario materia del concurso se adjudicará al ganador por un **plazo no mayor de un año**(...)*

(v) *Si al vencimiento del plazo del contrato antes señalado, nuevamente se produjera concurrencia de solicitudes de horarios, el Concesionario deberá seguir el procedimiento aquí establecido. **De no existir concurrencia de solicitudes el Concesionario dejará de realizar el concurso**... y deberá aplicar la tarifa por uso prevista en el numeral 7.1...*

[El subrayado es nuestro]

74. En virtud del marco legal y contractual analizado en el presente acto, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

²⁴ Página 4 del Informe elaborado por BULLARD, FALLA y ESCURRA abogados para FTSA, el mismo que dicho Concesionario ha hecho suyo, conforme a su escrito de descargos.

- a. Con la emisión de la Constitución Política del Perú de 1993 (Artículo 61º) quedó sin efecto el Artículo 1º del Decreto Legislativo N° 690, en el extremo que prohibía el establecimiento de monopolios en la actividad ferroviaria, lo cual permitió que en el Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente se otorgue el monopolio del mercado “aguas arriba” de la actividad ferroviaria a FTSA²⁵.
 - b. Con la emisión de la Circular N° 17 queda claro que el Concesionario no podrá prestar el Servicio de Transporte Ferroviario por cuenta propia, a solicitud de un operador o de un tercero. Asimismo, no se ha encontrado elementos que permitan concluir que la Circular N° 17 señalara que la actividad del operador vinculado tenga carácter temporal o provisional.
 - c. Con la emisión de la Circular N° 73, la CEPRI – ENAFER estableció al Concesionario la obligación de acreditar que ha celebrado el Contrato de Acceso a la Línea Férrea con un Operador que tenga una conformación accionaria IDÉNTICA a la del Concesionario.
 - d. La cláusula 6.3 del Contrato de Concesión guarda concordancia con lo establecido por las Circulares 17 y 73, en el sentido de que si bien se prohíbe a la empresa concesionaria a prestar directamente el servicio de transporte de pasajeros y de carga, se le impone la obligación de constituir una nueva persona jurídica (con una conformación accionaria idéntica) para la prestación del mencionado servicio de transporte de pasajeros y de carga.
 - e. El REMA (Art. 89 y 92) contiene disposiciones que admiten la posibilidad de participación de empresas vinculadas en la subasta.
 - g. En la última versión del **Contrato de Acceso** a la vía férrea suscrito entre FTSA y Perurail, signado con fecha 01 de marzo de 2007, se establece que el operador vinculado posee todos los horarios establecidos en la ruta Cusco- Machu Picchu – Hidroeléctrica del FSO.
 - h. No obstante ello, conforme a lo reconocido por la misma empresa Concesionaria debe tenerse en cuenta que (...) La determinación de horarios y frecuencias es fruto de la **conjunción** de las condiciones de demanda, expresada en las solicitudes de los Operadores, de una parte, y las restricciones técnicas, operativas y de seguridad, que el Concesionario esta llamado a considerar, de la otra. (...) ²⁶
75. De esta manera, conforme a lo analizado en el ítem 40 del presente documento, dado que el **Principio de Equidad** establecido en el primer párrafo de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión tiene por objeto garantizar la equidad en la prestación de **SERVICIOS** que el Concesionario

²⁵ Con respecto de la definición y alcances del mercado “aguas arriba” en la actividad ferroviaria ver punto D del presente documento.

²⁶ Página 4 del Informe elaborado por BULLARD, FALLA y ESCURRA abogados para FTSA, el mismo que dicho Concesionario ha hecho suyo, conforme a su escrito de descargos.

brinda a los **Operadores**; consideramos que el tratamiento equitativo por parte del Concesionario a los **Postores**, es decir, a los Operadores que participen en la subasta por horarios, se encontrará garantizado por el **Principio de Neutralidad** establecido en el REMA.

76. De otra parte, con relación al uso de la **línea férrea** regulado en la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión y a lo establecido por la Circular N° 17, podemos afirmar lo siguiente:

- (i) El inciso (i) de la Cláusula 7.6 contiene dos supuestos:
 - a.- En el caso que el horario no se encuentre cubierto por operador de transporte alguno:
 - El horario será asignado directamente al operador solicitante, en caso ese horario no sea solicitado por otro operador.
 - Ahora bien, si el solicitante del horario es un operador no vinculado, el operador vinculado se encuentra prohibido de generar pluralidad de postores. De esta manera, únicamente habrá proceso de subasta en la medida que un nuevo operador no vinculado genere la pluralidad de postores en el horario solicitado.
 - b.- En el caso que el horario se encuentre cubierto por un operador de transporte, sea o no vinculado, habrá subasta en la medida que un nuevo operador (no vinculado) solicite el acceso a dicho horario, siempre que no haya sido adjudicado por subasta.
- (ii) En consecuencia, conforme al inciso (i) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión:
 - a.- Únicamente se permitirá la participación del operador vinculado en la subasta cuando éste se encuentre ocupando el horario solicitado por un nuevo operador (no vinculado).

En dicho supuesto, el contrato obliga a llevar a cabo una subasta cuando un operador no vinculado solicita el acceso, esto implica que el operador vinculado pueda participar conjuntamente con el operador no vinculado, en calidad de postores en la subasta.
 - b.- Asimismo, el Contrato de Concesión no prohíbe que un operador vinculado al Concesionario pueda ser postor en un concurso por horarios o frecuencias, respecto de los horarios en los cuales viene prestando el servicio de transporte.
- (iii) Debe tenerse presente que, tal como lo señalamos en el ítem 48 del presente documento, OSITRAN cuenta con facultades necesarias para garantizar que durante el proceso de subasta, el Concesionario otorgue un trato equitativo a los diferentes postores por el acceso a la línea férrea, lo que implica que, en observancia del principio de neutralidad establecido por el REMA y exigible al Concesionario, OSITRAN pueda:

- a. Establecer limitaciones como postor a la empresa vinculada.
- b. Observar las bases o requerir la inclusión de elementos de evaluación adicionales

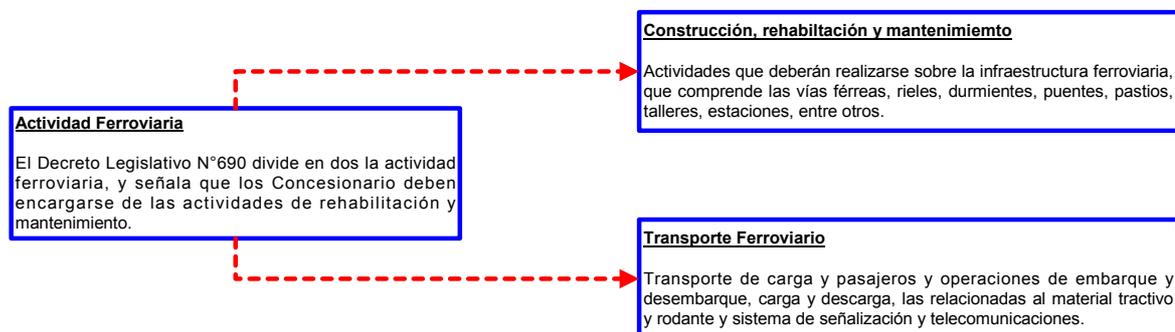
D. MERCADOS FERROVIARIOS

77. En esta sección, se procederá a analizar cómo las normas han separado la actividad ferroviaria, conformando dos mercados, cada uno con sus característica económicas y por tanto, con diferentes necesidades de regulación.

D.1 Separación de las actividades ferroviarias

78. En primer lugar el Dec. Leg. N°690, establece dos actividades ferroviarias: i) servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria; y, ii) servicios de transporte ferroviario²⁷ (ver figura N° 1)

Figura N° 1
Separación de las actividades ferroviarias



Fuente: Decreto Legislativo N° 690
Elaboración: Gerencia de Regulación de OSITRAN

²⁷ "Artículo 2.- La actividad ferroviaria se divide en:

a) Servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria;

La infraestructura vial ferroviaria comprende las vías férreas permanentes, el ancho de la zona del ferrocarril, los terraplenes, puentes, túneles, rieles, durmientes y demás bienes afectados al servicio, así como las instalaciones complementarias que comprenden patios, talleres, estaciones y puntos de conexión intermodal;

b) Servicio de transporte ferroviario, que comprende las operaciones de embarque, desembarque, carga, descarga y, en general, todo lo necesario para permitir el movimiento de pasajero y de carga en las vías férreas, así como las operaciones relacionadas al material rodante, compuesto por locomotoras, coches y vagones, y a los sistemas de señalización, telecomunicaciones y electricidad.

Es conveniente diferenciar las actividades vinculadas a la infraestructura ferroviaria, del servicio de transporte ferroviario en sí; (...)"

79. Así, se permitió en la práctica que el transporte ferroviario pueda ser desarrollado por aquellas empresas que cumplan con la normativa aplicable. Por su parte, el Contrato de Concesión estableció que el Concedente otorgaba al Concesionario el derecho a explotar los Bienes de la Concesión, así como prestar Servicios de Transporte Ferroviario, con excepción del transporte de pasajeros y carga.
80. En efecto, la Cláusula 6.3 establece que si bien el Concesionario puede desarrollar la actividad de transporte ferroviario, no puede desarrollar los servicios de transporte de pasajeros y carga, tal como se lee a continuación:

Cláusula 6.3: "Autorización para la explotación de Servicios de Transporte Ferroviario. Este Contrato también es título suficiente para que el Concesionario pueda prestar Servicios de Transporte Ferroviario, con excepción del transporte de pasajeros y/o de carga, no requiriendo de ningún otro permiso, autorización o licencia que deba ser emitido por el Concedente. En virtud de esta autorización y cumpliendo con las obligaciones que este Contrato le imponga, el Concesionario puede desarrollar las operaciones de embarque y desembarque; carga y descarga; mantenimiento de Material Tractivo y/o Rodante; las operaciones vinculadas con la señalización, telecomunicaciones entre otras que sean posibles desarrollar para la explotación de Servicios de Transporte Ferroviario, conforme a las Leyes Aplicables."

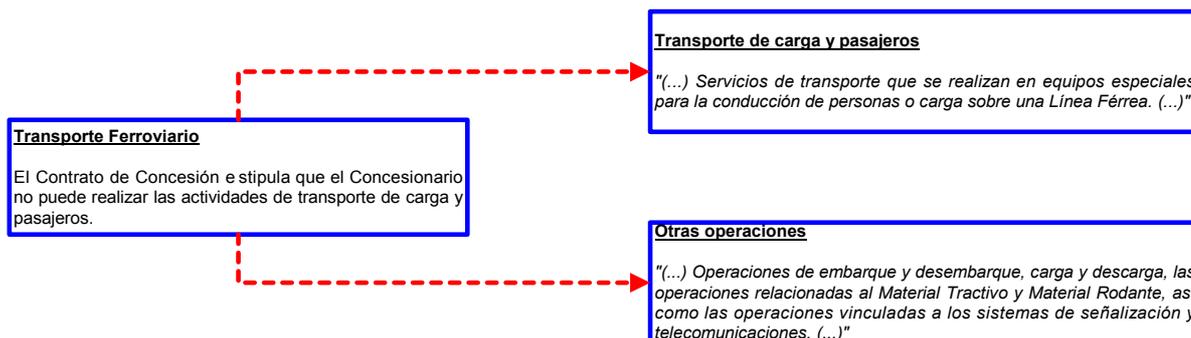
81. Es importante resaltar el hecho que el transporte ferroviario no sólo se refiere a la actividad de transporte de carga y pasajeros, precisión contenida en el Dec. Leg. N°690. En efecto, el transporte ferroviario definido en el Contrato de Concesión incluye las operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, las relacionadas al material tractivo y rodante, y las vinculadas a los sistemas de señalización y telecomunicaciones²⁸, las cuales pueden ser desarrolladas por el Concesionario (ver Figura N° 2).

²⁸

Contrato de Concesión, Definiciones:

"Servicios de Transporte Ferroviario: significará los servicios de transporte que se realizan en equipos especiales para la conducción de personas o carga sobre una Línea Férrea y que también pueden comprender las operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, las operaciones relacionadas al Material Tractivo y Material Rodante, así como las operaciones vinculadas a los sistemas de señalización y telecomunicaciones. El Concesionario puede desarrollar estos servicios, con excepción del transporte de pasajeros y/o de carga."

Figura N° 2
Definición de transporte ferroviario según el Contrato de Concesión



Fuente: Contrato de Concesión
Elaboración: Gerencia de Regulación de OSITRAN

82. De otro lado, el Contrato de Concesión define como operador de servicios de transporte ferroviario a aquellas personas constituidas o establecidas en el país que cuenten con permiso de operación otorgado por el MTC. Se precisa también que en virtud de la Circular N° 17, en la fecha de cierre el Concesionario deberá contar como una persona jurídica que actúe como operador de servicios de transporte ferroviario (ver cita de la sección B.5).
83. Finalmente, mediante la Circular N° 17, CEPRI-ENAFER aclaró y amplió los términos de las bases del concurso para la entrega de la concesión de la administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente.
84. La Circular N° 17 tenía como objeto que la operación del sistema ferroviario no se vea afectada como consecuencia de la transferencia de la administración de los Ferrocarriles, motivo por el cual permitió que el adjudicatario cuente con un operador ferroviario (ver cita de la sección B.3).
85. Por tanto, estas normas en su conjunto han separado las actividades ferroviarias, básicamente en dos mercados: la administración de las vías férreas (mantenimiento, operación y rehabilitación) y la operación del transporte ferroviario. Asimismo, también permitieron que el Concesionario tenga la exclusividad en la administración de las vías férreas, a la vez que pueda participar, a través de un único operador vinculado, en el transporte de carga de pasajeros y equipaje²⁹. Es decir, permitieron que el Concesionario pueda participar en ambas actividades ferroviarias.

²⁹ Ahora bien, si esta posibilidad fue temporal, provisional, excepcional, ha sido materia de análisis en el Informe Legal de OSITRAN.

D.2 Mercados Involucrados

86. Tradicionalmente la provisión de infraestructura ferroviaria ha sido considerado como el típico ejemplo de un monopolio natural debido a la presencia de altos costos hundidos³⁰, economías escala³¹ y de alcance³². En efecto, la duplicación de la infraestructura ferroviaria resulta ineficiente si es brindado por más de una empresa³³.
87. De esta forma, la actividad relacionada con la administración de la infraestructura ferroviaria presenta características de monopolio natural y por lo tanto requiere de regulación económica. Sin embargo, esta condición no es suficiente para la justificación de un monopolio natural en todas las actividades ferroviarias. En efecto, la operación de transporte de carga y pasajeros pueden brindarse bajo el régimen de libre competencia, toda vez que no presenta características económicas asociadas a monopolios naturales³⁴.

³⁰ Según GALLARDO (1999), quien a su vez cita SPILLER y LEVY (1996), una de las características del monopolio es la necesidad de invertir considerables sumas en activos específicos de difícil recuperación (costos hundidos significativos), y que la producción de bienes o servicios finales son consumidos masivamente.

³¹ De acuerdo a TRAIN (1991) existen economías de escala cuando el costo medio de la producción decrece conforme se expande la producción. Ello se explica por la presencia de altos costos fijos, los cuales son incurridos sin importar el nivel de producción.

³² Siguiendo TRAIN (1991) existen economía de alcance cuando dos o más bienes pueden ser producidos por una sola firma a un costo menor que si cada bien fuera producido de manera separada por diferentes firmas. Por ejemplo, el hecho que una sola empresa comparta equipos e infraestructura para producir diferentes bienes puede resultar menos costos que si dos empresas por separado lo hicieran.

³³ Detrás de esta afirmación, está el concepto de subaditividad de costos: cuando es menos costoso que una empresa produzca conjuntamente los distintos niveles de producto que por separado (TIROLE, 1990).

En términos de costos, y de acuerdo a GALLARDO (1999), “una función de costos C asociada al vector de productos Y es estrictamente subaditiva si el costo de producir el vector de productos en una sola firma es menor que el costo de producir el mismo vector en dos o más firmas con la misma tecnología (para cualquier partición “ i ” de Y). Es decir, la función de costos es subaditiva si se satisface la siguiente condición:

$$C(y) < \sum_i C(Y_i)$$

donde

$$\sum_i Y_i = Y$$

En términos del monopolio natural es de particular interés averiguar si la función de costos satisface esta propiedad para las diferentes cantidades asociadas al tamaño de la demanda (rango relevante de cantidades).”

“(…) El conjunto de condiciones para la existencia de subaditividad varía dependiendo si la firma produce un bien (o servicio) o un conjunto de dos o más bienes (o servicios). En el caso de que la firma produzca un bien es suficiente la existencia de economías a escala para que exista un monopolio natural. En el caso de que la firma produzca más de un bien se requiere de una combinación de condiciones.”

³⁴ Ver Antonio ESTACHE y GINÉS DE RUS (ed.), *Privatización y Regulación de Infraestructuras de Transporte: Una Guía para Reguladores* (ver bibliografía).

- 88.
89. De manera general, la intervención del regulador se justifica toda vez que desde la perspectiva social, es más eficiente compartir una infraestructura ferroviaria monopólica (vías férreas) que duplicar la misma. De esta manera dos o más operadores que utilizan dicha infraestructura podrían competir en la prestación de servicios, por ejemplo, en el transporte ferroviario de pasajeros. En el caso la concesión otorgó la exclusividad de la administración de las vías férreas (mantenimiento, rehabilitación y operación) al Concesionario; mientras que la actividad del transporte de carga y pasajeros se encuentra bajo el régimen de libre competencia.
90. En otras palabras, existen dos mercados: uno denominado mercado *upstream* o “aguas arriba” a cargo de FTSA, quien tiene la exclusividad de la explotación de la Concesión y administra las vías férreas. Estas últimas son necesarias para que los operadores ferroviarios brinden el servicio de transporte de carga y pasajeros.
91. De otro lado, quedó establecido un segundo mercado vinculado al transporte ferroviario, denominado *downstream* o “aguas abajo”, abierto a la competencia a través del acceso a la infraestructura ferroviaria.
92. Al respecto, la figura N°3 resume los mercados involucrados en la actividad ferroviaria:

Figura N°3
Estructura del mercado

Mercado Upstream o "Aguas Arriba"

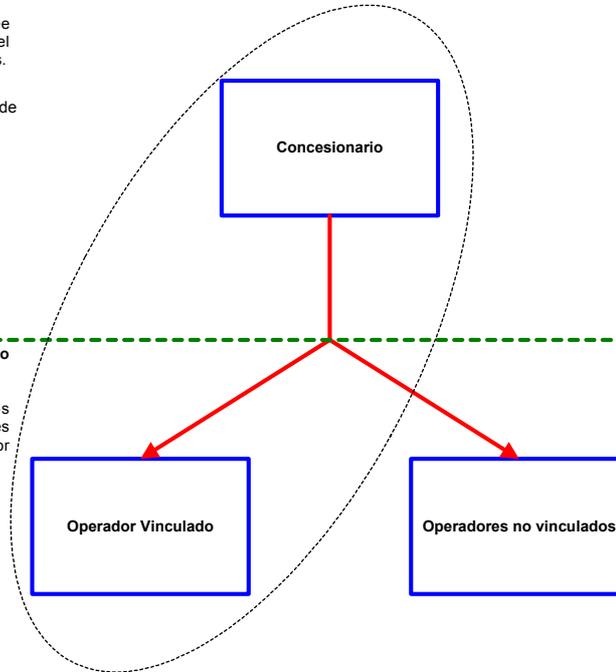
El monopolista (FTSA) provee infraestructura esencial para el transporte de carga y pasajeros.

Presencia de características de monopolio natural

Mercado Downstream o "Aguas Abajo"

Los operadores ferroviarios requieren utilizar las facilidades esenciales administradas por FTSA

Integración vertical por medio de la vinculación



Fuente: Contrato de Concesión
Elaboración: Gerencia de Regulación de OSITRAN

E. COMPETENCIA DE OSITRAN CON RELACIÓN AL ACCESO

93. El Contrato de Concesión establece que el Concesionario se obliga a velar por la "equidad en servicios", con lo cual se buscaba garantizar el libre acceso a la vía férreas³⁵. No solo eso, el Contrato prohíbe que el Concesionario realice prácticas o conductas que atenten contra la libre competencia. Al respecto, la Cláusula 7.6 establece lo siguiente:

"Equidad en Servicios. El Concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes. El Concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las Leyes Aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea. Las Partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el Concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este Contrato, facultando al Concedente a aplicar lo previsto en la Cláusula Vigésima de este Contrato."

³⁵ Existen diversos modelos respecto a la industria ferroviaria. En primer lugar están los modelos de separación vertical, donde se prohíbe que el monopolista de la infraestructura participe en el transporte ferroviario, han sido adoptados por países como Suecia o Reino Unido (PITTMAN, 2005). Países como Alemania (ZAUNER, 2004) adoptaron un modelo de integración vertical aunque con la posibilidad de ingresos de otros operadores en el mercado de transporte ferroviario. Por su parte, los casos de integración vertical han sido tomados por Estados Unidos, Japón, Nueva Zelanda, Canadá, Brasil, Argentina y México (CAMPOS y CANTOS, 2003; PITTMAN, 2002). Cabe mencionar que en países como Australia existen diferentes tipos de modelos (CAMPOS y CANTOS, 2003).

94. Cabe remarcar que este esquema de Concesión, al permitir la libertad de las tarifas del servicio final (transporte de pasajeros), suponía que frente a la amenaza de nuevos operadores el incumbente (operador vinculado o contratado por el Concesionario) debería “disciplinarse” a través de la fijación de precios competitivos. Es evidente que si los operadores podrían alquilar material tractivo y rodante de la concesión los costos de entrada serían menores, con lo cual la capacidad de competencia de este mercado podría ser mayor, o alternatively, el ingreso de potenciales operadores disciplinaría al operador incumbente (o vinculado) si los costos de entrada fueran relativamente bajos, con lo cual los precios no tenderían a subir.
95. De acuerdo al marco legal, OSITRAN es competente para normar y regular el acceso a las facilidades esenciales, entre otras, la vía férrea, con la finalidad de lograr competencia, o soluciones con resultados similares³⁶, y con ello, generar mayor bienestar en los Usuarios Finales (pasajeros, entre otros), a través de más posibilidades de elección, la existencia precios competitivos y de mayor calidad del servicio.

E.1 Definición de Acceso

96. El “acceso”, debe entenderse como la utilización de la infraestructura de transporte de uso público (calificada como facilidad esencial) por parte de los Usuarios Intermedios³⁷. En este caso, la infraestructura de transporte de uso público son las vías férreas, mientras que los Usuarios Intermedios son los operadores ferroviarios de transporte de pasajeros. Cabe mencionar que el REMA define el concepto de acceso en su Artículo 7° de la siguiente manera:

“Se entiende por Acceso, el derecho que tiene un usuario intermedio de utilizar una Facilidad Esencial como recurso necesario para brindar Servicios Esenciales que se integran a la Cadena Logística. En tal virtud, el presente Reglamento regula el fenómeno económico relativo a la insustituible utilización de las Facilidades Esenciales por parte de los usuarios intermedios.”

97. En este contexto, la tarea de OSITRAN es la de garantizar el acceso, tomando en consideración las condiciones de neutralidad y no discriminación. Según el REMA: *la Entidad Prestadora debe tratar a los usuarios intermedios no vinculados a ella, de la misma manera que trata a su filial o empresa vinculada operadora de servicios competitivos, o como se trata a sí misma en*

³⁶ De acuerdo a CAMPOS y SANTOS (2003), el escenario del acceso competitivo es el menos común y tiene asociados problemas de acceso, tal como se lee a continuación:

“Menos frecuente es el escenario definido como acceso competitivo, caracterizado por la existencia de un operador integrado. Este se encarga de facilitar el acceso a la infraestructura (vías, estaciones, etc.) a otros operadores en condiciones de equidad e igualdad mediante la venta de, por ejemplo, derechos de circulación. Esto tiene las ventajas de mantener la integración (economías de alcance, planificación coordinada y reducción de los costos de transacción), pero su eficacia puede verse comprometida si la compañía integrada tiene incentivos para dejar fuera a otros operadores.”

³⁷ El término “intermedio” hace referencia a que estos agentes utilizan la infraestructura como insumo para brindar un servicio final.

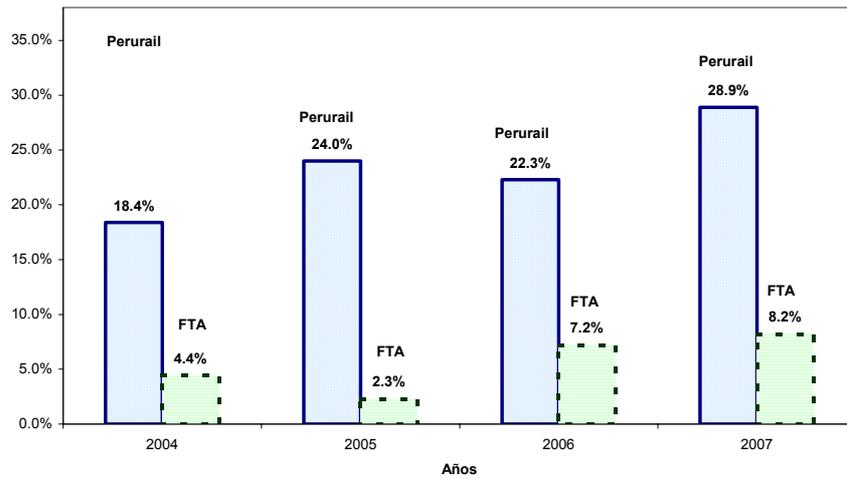
condiciones iguales o equivalentes. Incluso, de existir contratos que vinculen a la Entidad Prestadora con su filial o empresa vinculada operadora de servicios competitivos respecto al uso de la infraestructura de transporte de uso público, éstos deben convertirse en parámetro para contratar con los operadores no vinculados a ella, en lo que sea favorable a estos últimos. Respecto a la no discriminación, bajo condiciones equivalentes, la Entidad Prestadora debe tratar de la misma manera a todos los operadores de servicios en competencia.

98. Cabe mencionar que estos principios deben coexistir con los principios de libre competencia y promoción de la inversión privada, con el cual se debe establecer *un balance entre la incorporación de más competencia, y la creación de incentivos para el incremento, cobertura y mejoramiento de la calidad de la infraestructura.*, así como con el principio de eficiencia, bajo el cual se debe *tomar en cuenta los incentivos para el uso eficiente de la infraestructura de transporte, evitando la duplicidad ineficiente, costos de congestión y otras externalidades.*

E.2 Problema del acceso en el mercado ferroviario bajo integración vertical

99. Resulta necesario responder el porqué de los incentivos de la empresa integrada a introducir barreras de acceso a los potenciales entrantes a las vías férreas. En este caso en particular, los potenciales entrantes son los operadores ferroviarios de transporte de pasajeros.
100. Una primera aproximación al problema, es explicada por los incentivos que tiene la firma verticalmente integrada de excluir a los potenciales entrantes en el mercado competitivo, explicada por las rentabilidades de dicho mercado.
101. Esta aproximación al problema es observable en la realidad por las diferencias entre las rentabilidades del negocio de administración de las vías férreas (a cargo de FTSA) y de la actividad de transporte de pasajeros (a cargo de Perurail). Dicho de otra manera, un dólar de ingresos en la operación de servicios de transporte ferroviario le rinde al grupo (FTSA y Perurail) una proporción mayor que un dólar de ingreso en el servicio concesionado (por cargos de acceso pagados por otros operadores ferroviarios).
102. Al respecto, el siguiente gráfico muestra las rentabilidades los activos de cada empresa del 2004 al 2007. Como puede apreciarse, en este periodo la rentabilidad de Perurail es más de tres veces la rentabilidad de FTSA. Dicho de otra manera, es considerablemente más rentable la actividad de transporte de pasajeros que la administración de las vías férreas.
103. Los gráficos que a continuación se presentan, muestran en efecto tales diferencias en rentabilidades, a la vez que explicarían el porqué del interés del ingreso de nuevos operadores a las vías férreas del Sur – Oriente:

Gráfico N°1
Rentabilidad sobre Activos de FTSA y Perurail
(Anual, del 2004 al 2007)



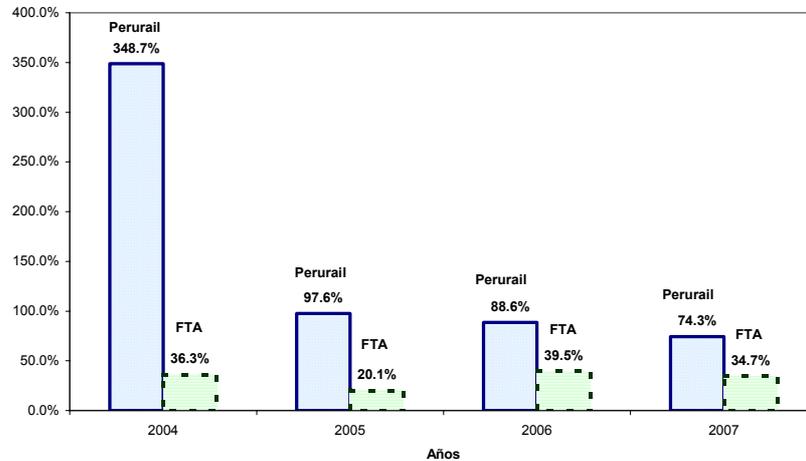
^{1/} Utilidad neta sobre activos

Fuente: Estados Financieros Auditados de Perurail S.A. y Ferrocarril Transandino S.A.

Elaboración: Gerencia de Regulación-OSITRAN

104. Haciendo el mismo ejercicio que en el párrafo anterior, la rentabilidad sobre el patrimonio de Perurail en todos los años es muy superior que la obtenida por FTSA, tal como puede observarse en el siguiente gráfico:

Gráfico N°2
Rentabilidad sobre Patrimonio de FTSA y Perurail
(Anual, del 2004 al 2007)



^{1/} Utilidad neta sobre patrimonio

Fuente: Estados Financieros Auditados de Perurail S.A. y Ferrocarril Transandino S.A.

Elaboración: Gerencia de Regulación-OSITRAN

105. Debe señalarse que el artículo 3° del REMA definió de la siguiente manera las barreras de acceso:

“Se considera barrera al Acceso a cualquier limitación que impide, encarece o desalienta el Acceso a un mercado, sea de naturaleza legal, tecnológica o estratégica. Se dirá también que existen barreras al Acceso cuando la empresa establecida puede generar ganancias extraordinarias sin atraer la entrada de nuevos competidores.

Las barreras son legales cuando se originan por limitaciones impuestas por una Ley, contrato de concesión o cualquier otra norma dictada por algún organismo del Estado.

Las barreras son estructurales cuando se derivan de factores tecnológicos u otros derivados de la naturaleza del servicio. Son barreras estructurales los costos hundidos, las restricciones de disponibilidad o limitaciones físicas de capacidad, los costos de transporte, entre otros.

Las barreras son estratégicas cuando se derivan de la acción directa de un proveedor en el mercado quien las erige para disuadir o limitar la entrada de competidores o hacerla menos rentable.”

106. Conviene agregar en esta parte del análisis, cuáles son los efectos de la integración vertical y maximización conjunta para el caso específico de las actividades ferroviarias. Desde el enfoque de los costos económicos de transacción, con el modelo de integración vertical se “internaliza” un proceso que de otra forma, se obtendría mediante contratos con firmas separadas. Así, los beneficios de la integración vertical se pueden medir comparando los costos de la realización de contratos con terceros versus el intercambio interno.

107. Para los efectos del análisis económico, el hecho que exista vinculación entre el Concesionario y el operador ferroviario³⁸ es análogo o comparable a que la

³⁸ Según la SBS, basta un 4% de propiedad para establecer control de un persona sobre otra.

industria esté integrada. Cabe mencionar que para el análisis económico no es relevante si se trata de dos personas jurídicas distintas con similar accionariado. Lo importante para la evaluación es el control conjunto de dos mercados verticalmente relacionados.

108. Además de ello, es posible señalar que los beneficios deben ser entendidos y medidos como el beneficio conjunto de FTSA y Perurail y que por tanto sus decisiones dependen de una maximización conjunta de los beneficios. Al respecto, autores como TIROLE (1990) señalan lo siguiente:

“Conforme con la tradición de la organización industrial, diremos que la empresa proveedora está verticalmente integrada si controla (directa o indirectamente) todas las decisiones tomadas por la estructura vertical. El <<beneficio verticalmente integrado>> es el beneficio máximo integrado (de fabricantes y detallistas) que la estructura vertical puede obtener; esto es, el beneficio global que la estructura conseguiría si todas las variables de decisión fueran observadas, verificadas y especificadas sin ningún coste en el Contrato.”

109. Por tanto, para asegurar el funcionamiento del régimen de acceso, el Contrato de Concesión, el REMA y el REA de FTSA disponen de una serie de mecanismos para el acceso a la infraestructura concesionada.

110. En general, en la industria ferroviaria es muy común que se presenten problemas para los nuevos entrantes, por los incentivos que pudiera tener el incumbente y que han sido explicados en las secciones precedentes del Informe. PARRY (1997) identifica por ejemplo el caso donde el operador incumbente conoce de la pretensión de obtener horarios o servicios por parte de los potenciales entrantes, y reacciona incorporando justamente los mismos horarios o servicios.

111. En este caso particular, OSITRAN tiene la tarea regular y supervisar al Concesionario en la actividad de explotación de infraestructura (“aguas arriba”) donde existe un “cuello de botella” (*bottleneck*), al cual es necesario ingresar para brindar el servicio final de transporte de pasajeros (“aguas abajo”) por parte de los operadores ferroviarios, uno de los cuales está vinculado al Concesionario.

112. Tal como fue establecido en el REMA, las vías férreas son facilidades esenciales para brindar el servicio de transporte de carga y pasajeros. El artículo 9º del REMA establece que:

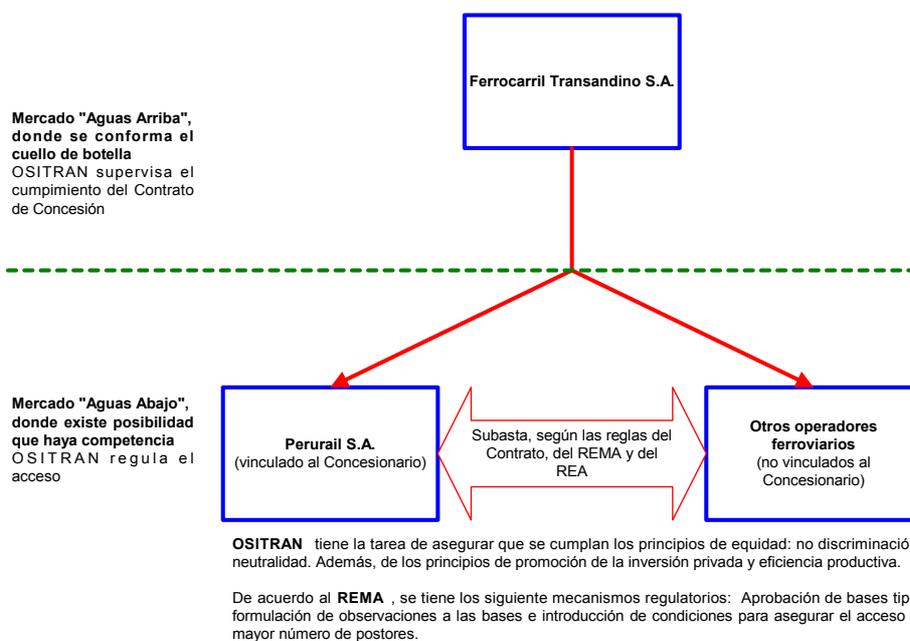
“a) Es provista por un único o un limitado número de proveedores, y su utilización es indispensable para la prestación de los servicios esenciales.

b) No es factible de ser sustituida técnica o económicamente para proveer un servicio esencial.”

113. Como se señaló en la parte precedente, las herramientas con las que cuenta el Regulador están establecidas en el mismo Contrato, en el REMA y en el Reglamento de Acceso a la infraestructura. Conocido entonces el esquema de

la concesión, resulta útil graficar dónde y cómo actúa el Regulador en el mercado. Ello ha sido resumido mediante la siguiente Figura:

Figura N°4
Estructura del mercado ferroviario y competencias de OSITRAN



Elaboración: Gerencia de Regulación de OSITRAN

E.3 Mecanismos para regular el acceso en la subasta de horarios

114. Tal como se señaló en las partes precedentes del presente Informe, de darse el caso en que dos o más operadores ferroviarios pretendan un mismo horario, el Concesionario se encuentra obligado a realizar una subasta, a fin de seleccionar a qué operador se le otorga dicho horario. Al respecto, la Cláusula 7.6 del Contrato estipula lo siguiente:

Contrato de Concesión, Cláusula 7.6

“En caso que dos o más Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario deseen usar al mismo tiempo el mismo segmento de Línea Férrea o que el Servicio de Transporte Ferroviario de cada uno de ellos limite, restrinja o impida el del otro, por el momento en que ambos Servicios desean ser desarrollados, el Concesionario queda obligado, a partir del segundo Año de Concesión, a:

- (i) *Desarrollar un concurso para seleccionar a cual de ellos se adjudica el horario solicitado, en el que podrán participar los Operadores antes citados y cualquier otro Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. La convocatoria a concurso deberá efectuarse obligatoriamente tan pronto el Concesionario reciba una comunicación escrita de cualquier Operador, que no sea una Empresa Vinculada del Concesionario entendiéndose por Empresa Vinculada a aquella definida como tal por las Bases, con la que complete la pluralidad de interesados por el mismo horario en el mismo segmento de Línea Férrea y/o en la misma frecuencia o en cualquiera de ellas que limite, restrinja o impida el Servicio de Transporte Ferroviario desarrollado por otro Operador. El pedido de*

un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario no originará un concurso cuando el horario involucrado hubiera sido adjudicado previamente mediante el mecanismo de concurso aquí regulado.”

115. Dado que el Contrato de Concesión señala que debe efectuarse una subasta una vez que haya “pluralidad” de interesados en un horario, es importante definir cuáles deben ser los objetivos de dicho proceso. Para ello, el Regulador tiene como guía lo establecido por el REMA. Al respecto, en el artículo 77° de dicho Reglamento se establece que la subasta tiene como objetivo asignar la infraestructura escasa a quien o quienes realicen la mejor oferta de acuerdo a las bases del concurso:

REMA, Artículo 77°.- Objetivo de la subasta.

“El mecanismo de subasta tiene como objetivo asignar la infraestructura escasa mediante un procedimiento transparente. Mediante la subasta, que tendrá carácter público, se determinará a aquel o aquellos usuarios intermedios solicitantes a los que la Entidad Prestadora brindará Acceso, al haber formulado la mejor o mejores ofertas de acuerdo al procedimiento de evaluación establecido en las Bases de la subasta.”

116. De otro lado, al momento de elaborar las bases, las Entidades Prestadoras deben procurar que las mismas garanticen el acceso al mayor número posible de competidores, de acuerdo con la infraestructura disponible. Además, deben asegurar un trato equitativo entre los postores. Así, el artículo 78° y 85° del REMA disponen lo siguiente:

REMA, Artículo 78°.- Criterios para elaborar las Bases.

“Las Entidades Prestadoras deberán considerar que las Bases respeten y permitan alcanzar la finalidad del Acceso, y el cumplimiento de los principios y criterios establecidos en este Reglamento, garantizando el Acceso al mayor número posible de competidores, así como un trato equitativo entre los postores.”

REMA, Artículo 85°.- Número de adjudicatarios de la buena pro.

“La subasta deberá ser convocada de modo tal que se otorgue el Acceso al máximo número de solicitantes que sea posible de acuerdo con la infraestructura disponible.

El incumplimiento de esta obligación será considerado como infracción, y por tanto está sujeto a la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones.”

117. El propio REMA garantiza estas condiciones, al tipificar aquellas condiciones que no deberían conformar las bases del concurso. Justamente una de estas prohibiciones establece que las bases no podrán contar con disposiciones que otorguen mejores condiciones a unos postores sobre otros. Con relación a ello, el Artículo 84° del REMA dispone lo siguiente:

REMA, Artículo 84°.- Prohibiciones relativas al contenido de las Bases.

“Las Bases que elaboren las Entidades Prestadoras para llevar a cabo las subastas, no podrán contener disposiciones que:

- a) *Contravengan la finalidad, objetivos y principios del presente Reglamento.*
- b) *Otorguen mejores condiciones a unos postores sobre otros.*

c) *Establezcan Cargos de Acceso al margen de los principios establecidos.*

d) *Cambien las condiciones de la subasta sin previo aviso y sin la posibilidad que éstas puedan ser observadas por los postores.*

La contravención de las prohibiciones que establece el presente artículo, no tendrá efecto legal alguno para los postores y la subasta no será considerada válida.

El incumplimiento del presente artículo por parte de las Entidades Prestadoras será considerado como infracción, y por tanto, está sujeto a la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones.”

118. Incluso, en determinadas circunstancias OSITRAN tiene la facultad de aprobar bases tipo, en orden de asignar las facilidades esenciales en cuestión, tal como lo señala el artículo 79° del REMA³⁷.

REMA, Artículo 79°.- Bases tipo para subasta.

“OSITRAN podrá aprobar Bases tipo aplicables a subastas para asignar determinadas Facilidades Esenciales, para la prestación de determinados tipo de Servicios Esenciales. En tales supuestos, su uso será obligatorio.

Previa a la aprobación de las Bases Tipo, OSITRAN las pre publicará con la finalidad de recabar comentarios de las Entidades Prestadoras y usuarios intermedios en un plazo de diez (10) días.”

119. No solo ello, al momento de establecer las bases del concurso, las consultas y observaciones que sobre ellas se realicen deberán ser remitidas con copia a OSITRAN, quien incluso puede intervenir, por ejemplo, realizando observaciones sobre las bases. Además, puede requerir a las entidades Prestadoras la inclusión de elementos de evaluación adicionales, especialmente en casos que estime que por condiciones de mercado el servicio para el cual se solicita el Acceso no pueda brindarse en condiciones suficientemente competitivas. Sobre el particular, los artículos 88° y 92° del REMA establecen lo siguiente:

REMA, Artículo 88°.- Consultas y Observaciones a las Bases.

“Los solicitantes de Acceso podrán presentar consultas y observaciones a las Bases dentro del plazo establecido en éstas. La Entidad Prestadora está obligada a dar respuesta a las consultas y levantar las observaciones dentro de los plazos establecidos. Asimismo, remitirá copia de su respuesta a OSITRAN.

Si la Entidad Prestadora no cumple con absolver adecuadamente las observaciones de los postores, cualquiera de ellos puede solicitar la intervención de OSITRAN, que actuará conforme a lo señalado en el Artículo 92°. Para tal efecto, el o los postores que se consideren afectados, deberán notificar esta situación a OSITRAN en el plazo

³⁷

REMA, artículo 82°.- Reglas de subasta en contratos de concesión.

“Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes, en caso que el contrato de concesión hubiera incorporado las reglas que regulan la subasta, éstas deberán incorporarse a las Bases y serán de cumplimiento obligatorio para el desarrollo del proceso. Si el contrato de concesión ya incorporara un modelo de Bases, la subasta se desarrollará de acuerdo a dicho modelo.”

máximo de tres (03) días, contados desde la fecha de vencimiento del plazo de la Entidad Prestadora para absolver las observaciones presentadas.

El incumplimiento de esta obligación será considerado como una infracción, y por tanto está sujeta a la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones.”

REMA, Artículo 92º.- Observaciones a las Bases por OSITRAN.

“OSITRAN podrá realizar de oficio, en un plazo de cinco (05) días de culminado el proceso de consultas, observaciones a las Bases. Asimismo, podrá requerir a la Entidad Prestadora absolver las observaciones de los postores que así lo solicitaron. En tal caso, OSITRAN podrá requerir a la Entidad Prestadora, para que en el plazo de cinco (05) días, efectúe las modificaciones a las Bases a que hubiera lugar.

El incumplimiento de la obligación de subsanación a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, está sujeto a que dicha disposición no genere efecto legal alguno para los postores y sea considerada como no válida.

OSITRAN podrá observar las Bases o requerir a las Entidades Prestadoras, la inclusión de elementos de evaluación adicionales, especialmente en casos que estime que por condiciones de mercado, el servicio para el cual se solicita el Acceso no pueda brindarse en condiciones suficientemente competitivas. En ese supuesto, OSITRAN podrá requerir a las Entidades Prestadoras que incluyan como un factor de competencia el Cargo de Acceso que el usuario intermedio propone cobrar por el servicio, o requerir la inclusión de condiciones que sean necesarias para que la participación de los usuarios intermedios que sean filiales o vinculados a la Entidad Prestadora no obtengan un tratamiento privilegiado o violatorio de los principios de neutralidad o de no-discriminación.

El incumplimiento de esta obligación será sancionado conforme el Reglamento de Infracciones y Sanciones.”

F. CON RELACIÓN AL SUPUESTO INCREMENTO INJUSTIFICADO DE HORARIOS

120. Respecto a la afirmación de Inca Rail señalando que se ha dado un incremento injustificado de las frecuencias, lo cual a su entender “*saturn artificialmente la oferta de infraestructura vial, asignándose todos los itinerarios al único Operador existente, formando una barrera de acceso de otros Operadores y obviamente bloqueando la competencia.*”, debemos señalar lo siguiente:

- (i) La finalidad del presente procedimiento es determinar, vía interpretación de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, si el operador vinculado puede participar en el proceso de subasta a ser convocado por la empresa Concesionaria.
- (ii) A diferencia de ello, la finalidad de la petición efectuada por Perurail implica determinar la existencia de posibles barreras de entrada.
- (iii) Como puede observarse, este último objetivo está fuera de los alcances del presente procedimiento de interpretación.

G. CON RELACIÓN AL PEDIDO DE INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS 6.3 Y 7.1 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

121. Respecto de la solicitud de interpretación de las cláusulas 6.3 y 7.1 del Contrato de Concesión formulado por Inca Rail, en su escrito de fecha 15 de octubre de 2008, consideramos que la misma debe ser declarada improcedente por extemporánea, dado que nos encontramos en la etapa resolutive del procedimiento de interpretación de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión; sin perjuicio de ello, consideramos que debe dejarse a salvo el derecho de la mencionada empresa de solicitar la interpretación de las cláusulas 6.3 y 7.1 en un procedimiento distinto al presente.

POR LO EXPUESTO, en mérito a lo dispuesto en la facultad de interpretación de los Contratos de Concesión, establecida en el literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917 y el literal d) del artículo 53° del D.S. N° 044-2006-PCM modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 16 de septiembre del año 2008, y sobre la base del Informe N° 032-08-GRE-GAL/OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- DECLARAR IMPROCEDENTE POR EXTEMPORÁNEO el pedido de interpretación formulado por Inca Rail S.A.C. en su escrito presentado el 15 de octubre de 2008, de las cláusulas 6.3 y 7.1 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, suscrito por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Estado Peruano, con Ferrocarril Transandino S.A., dejando a salvo el derecho de Inca Rail S.A.C. de solicitar posteriormente el inicio del procedimiento de interpretación de las mencionadas cláusulas.

Artículo 2°.- DECLARAR IMPROCEDENTE la solicitud efectuada por Inca Rail S.A. en el extremo concerniente al establecimiento de posibles barreras estratégicas de acceso por parte de la empresa Ferrocarril Transandino S.A., derivadas del incremento de frecuencia a favor de Perú Rail S.A. por no ser materia del presente procedimiento de interpretación, sin perjuicio del análisis que sobre el particular viene desarrollando el Organismo Regulador.

Artículo 3°.- INTERPRETAR la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, suscrito por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Estado Peruano, con Ferrocarril Transandino S.A., en los términos siguientes:

- (i) *La Cláusula 7.6, inciso i, únicamente permite la participación del operador vinculado en la subasta cuando este se encuentre ocupando el horario solicitado por un nuevo operador (no vinculado).*

Asimismo, no se desprende que el Contrato de Concesión prohíba que un operador vinculado al Concesionario pueda ser postor en un concurso por horarios o frecuencias, respecto de los horarios en los cuales viene prestando el servicio de transporte.

- (ii) *De igual forma, no se ha encontrado elementos que permitan concluir que la Circular N° 17 señalara que la actividad del operador vinculado tenga carácter temporal o provisional.*

Artículo 4°.- DECLARAR que conforme al Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN y modificada por la Resolución N° 054-2005-CD-OSITRAN, OSITRAN cuenta con la facultades necesarias para garantizar que durante el proceso de subasta por el acceso a la línea férrea, el Concesionario brinde un trato equitativo a los postores no vinculados con relación al tratamiento que dicho Concesionario le otorgue a su operador vinculado.

Artículo 5°.- NOTIFICAR la presente Resolución y el Informe N° 032-08-GRE-GAL-OSITRAN, a la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A así como también a Perú Rail S.A., Inca Rail S.A.C., Andean Railways Corp. S.A.C., Ferrovías Central Andina S.A, Ferrocarril Central Andino S.A, y Wyoming Railways S.A; y, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente concedente

Artículo 6°.- DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional (www.ositran.gob.pe).

Con la participación del Eco. Juan Carlos Zevallos Ugarte, Dr. Sergio Salinas Rivas, Ing. Jesús Tamayo Pacheco e Ing. Cesar Sánchez Módena.

Regístrese, comuníquese y publíquese

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal.N°PD18655-08